



O REGIME DO ARRENDAMENTO URBANO: A POSSÍVEL COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS.

JOÃO FILIPE CARDOSO DOS SANTOS

Mestrado em Direito em Ciências Jurídico - Políticas

Trabalho realizado sob a orientação da

Prof^ª Doutora Cristina Maria Machado de Queiroz Leitão

AGRADECIMENTOS

O encetar de uma tarefa como a de me inscrever no Mestrado a mim me coube. Mas a sua conclusão, se algum mérito possa ter, deve ser partilhada na sua quase completude com algumas pessoas, às quais dirijo, desta forma, os meus mais sinceros agradecimentos.

Em primeiro lugar, à minha orientadora Professora Doutora Cristina Queiroz, pela aceitação da orientação, pela liberdade que me concedeu e pelo incentivo a ultrapassar obstáculos.

À família, pelo apoio e compreensão na escusa de algumas tarefas, com que sempre me presentearam.

Às Associações de Proprietários e de Inquilinos do Norte, nas pessoas dos Srs. Drs. António Frias Marques e Miguel Ribeirinho Machado, pela disponibilidade em contribuir para a inclusão das suas ideias no presente trabalho.

E em último lugar, mas sem menos importância, bem pelo contrário, a ti Filipa, por todas as vezes que vimos e revimos esta tese e por todas as vezes que juntaste o sujeito ao verbo, retirando as vírgulas que inconscientemente teimava em colocar.

Por tudo, esta tese também é Vossa.

J.C.S.

ABREVIATURAS

AcTC – Acórdão do Tribunal Constitucional

AIN – Associação de Inquilinos do Norte

ANP – Associação Nacional de Proprietários

CC – Código Civil

CRP – Constituição da República Portuguesa

DESC – Direitos Económicos, Sociais e Culturais

DLG – Direitos, Liberdades e Garantias

NRAU – Novo Regime do Arrendamento Urbano

TC – Tribunal Constitucional

ÍNDICE

Resumo	7
---------------------	---

Abstract	7
-----------------------	---

INTRODUÇÃO

1) Razões de escolha do tema.....	8
2) Metodologia e finalidade prática.....	9

CAPÍTULO I

O DIREITO DE PROPRIEDADE

1) O conceito	11
2) Evolução histórica.....	13
3) A previsão Constitucional do direito de propriedade.....	15

CAPÍTULO II

O DIREITO À HABITAÇÃO

1) A relação entre o direito de propriedade e o direito à habitação.....	21
2) O direito de acesso à habitação.....	25

CAPÍTULO III

O ARRENDAMENTO URBANO

1) Origens históricas do arrendamento. O vinculismo.....	31
2) A tarefa jurídico-constitucional de mediação	
2.1) A tarefa de mediação do legislador.....	42
2.2) A tarefa de mediação do juiz.....	45
3) Princípios constitucionais ordenativos	
3.1) Dignidade da pessoa humana.....	49
3.2) A reserva do possível.....	55
3.3) O princípio da proporcionalidade.....	59
3.4) O princípio da solidariedade	61

CAPÍTULO IV

O NOVO REGIME DO ARRENDAMENTO URBANO

1) As alterações introduzidas pela Lei 31/2012 de 14 de agosto.....	64
1.1) Quanto à atualização de rendas.....	65
1.2) Quanto à transmissão por morte.....	68
1.3) Quanto ao regime processual do despejo.....	68
2) As posições das Associações representativas dos proprietários e dos inquilinos	
2.1) Quanto aos proprietários.....	73

2.2) Quanto aos inquilinos.....	75
3) Apreciação crítica.....	76
CONCLUSÃO	77
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	80

“Mesmo quando se pretende opor o mesmo direito a outro particular o que é que encontramos da outra parte? Encontramos, invariavelmente, outro direito fundamental. Ao nosso trunfo responde a outra parte com outro ou até o mesmo trunfo. Por que razão deve ser o meu a prevalecer?”

Jorge Reis Novais

RESUMO

O presente relatório tem como ambição analisar a problemática da colisão entre o direito de propriedade e o direito à habitação mediante a apreciação do regime do arrendamento urbano.

Assim, torna-se imprescindível decompor cada um dos direitos e analisar os diferentes princípios, capazes de regular essa relação, a fim de evitar uma possível colisão.

Por último propomo-nos analisar e estruturar as principais alterações ao novíssimo regime do arrendamento urbano, aprovado dia 2 de junho de 2012, face ao regime até então em vigor.

ABSTRACT

Although under a summarizing light, the present Report aims to analyse the problem of collision between property and housing rights, under the law applicable to the lease agreement.

Therefore, it is essential to decompose each right and analyse the different principles capable to rule this relation, in order to avoid the collision of rights.

Finally, we propose to analyse and organise the new Portuguese legal system applicable to the lease agreement, which was approved in the 2nd of June 2012, making a comparison with the previous applicable law.

1) RAZÕES DE ESCOLHA DO TEMA

Iniciei o Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas com a ideia de abordar, na minha tese, um tema que contendesse com a realidade sócio-económica atual do nosso país. Assim, o arrendamento, ainda que a par de tantos outros temas do Direito, que levantam questões tão ou mais prementes, pareceu-me uma boa opção.

O estágio em advocacia tem-me permitido tratar alguns assuntos relacionados com os problemas que os proprietários de frações no centro da cidade travam diariamente, sobejamente conhecidos pela sociedade. Uma conjugação de fatores que praticamente inviabiliza a vontade de ser proprietário e de conservar os imóveis: rendas baixas, a elevada idade dos arrendatários, alguns reiteradamente incumpridores, regimes jurídicos de arrendamento, que se foram sucedendo, complicados, entre outros.

Muitas vezes, ainda antes de iniciar o estágio, questionava-me sobre a realidade do arrendamento urbano em Portugal. A existência de espaços no centro da cidade praticamente abandonados, descuidados, sem condições, e, ainda assim, arrendados a par de outros espaços, privilegiadamente localizados e construídos, arrendados por muito menos do que o necessário para a conservação do espaço pelo senhorio.

Ora, é aqui que entronca o problema das rendas baixas, que também há muito é gerador de grandes debates e controvérsias.

Todas estas situações são justificadas pelo direito à habitação, consagrado no artigo 65º da nossa Lei Fundamental. Mas, então, e o direito de propriedade? Também ele salvaguardado pela Constituição no seu artigo 62º? Disposições tão próximas e, na prática, tão distantes.

Nos tempos que correm, com a visita da Troika ao nosso país e o Memorando firmado com o XIX Governo Constitucional, surgiu novamente a questão da necessidade de reformar o regime do arrendamento urbano.

Assim, afigurou-se-me ser este o momento oportuno, ainda que começado há cerca de um ano e meio, para debater aquele que considero um tema atual, urgente e de

interesse indiscutível: a possível colisão de direitos sociais (direito à habitação e direito à propriedade), sobretudo face à figura do arrendamento urbano e seu regime, analisando também a Lei nº 31/2012, de 14 de agosto, que deu origem ao novíssimo regime do arrendamento urbano. Aliás, é quando se assiste à aplicação da lei, que surgem os primeiros problemas. Aí é que se poderá, verdadeiramente, analisar a sua eficácia.

2) METODOLOGIA E FINALIDADE PRÁTICA

Sou de parecer que mais do que analisar todas estas questões do ponto de vista teórico, devemos, sempre que possível, apoiar-nos em exemplos práticos, e, pelo menos, tentar configurar como se deverá aplicar na “realidade vivida” determinado instituto.

O tema que me proponho desenvolver contende com direitos fundamentais do cidadão: o direito à propriedade privada e o direito à habitação.

Mais do que discutir qual o mais importante desses direitos - nem sequer é essa a minha intenção - pretendo chamar a atenção para aquilo que no dia a dia ocorre entre arrendatários e senhorios. Quais os seus problemas e a forma de os resolver. Assim, proponho desenvolver uma abordagem jurídico-constitucional dos direitos fundamentais em causa, com resposta às seguintes questões: o que exige a Constituição ao Estado e/ou à Comunidade para a realização daqueles direitos; as possíveis limitações e os conflitos que daí possam surgir; quais os princípios orientadores capazes; de gerir tal relação e respetivos conflitos; tudo isto sempre com o enfoque na questão do arrendamento urbano.

Consequentemente, não poderia deixar de analisar o regime do arrendamento urbano (NRAU e principais alterações), na base do que a jurisprudência e doutrina têm vindo a defender neste domínio.

Pretendo ainda divulgar a posição de duas das associações representativas das classes atrás enumeradas: a Associação Nacional de Proprietários e a Associação de Inquilinos.

Quem melhor do que entidades defensoras dos interesses de senhorios e arrendatários para fazer o balanço e expor o conflito entre os dois direitos sociais mencionados: o direito à propriedade e o direito à habitação.

CAPÍTULO I

O DIREITO DE PROPRIEDADE

1) O CONCEITO

Muito já se falou e escreveu sobre o direito de propriedade e sobre o conceito de propriedade privada. Não fossem eles um dos mais antigos direitos reconhecidos ao homem, uma das instituições-base da cultura ocidental, e certamente fator de posição do indivíduo face à sociedade.

Desde tempos imemoriais se tem reconhecido o direito à propriedade privada, pese embora as diferentes interpretações sofridas ao longo do tempo, consoante o período e o regime político em causa. O direito de propriedade é um dos grandes pilares da sociedade, vetor de desenvolvimento e crescimento sócio-económico.

O ser humano desde muito cedo lutou contra a própria natureza a fim de criar condições capazes de lhe trazer o conforto necessário para o seu bem-estar. Desbravou matas, cultivou terrenos agrestes para saciar as suas necessidades alimentares básicas, construiu casas para que pudesse abrigar-se, constituir família, sustentá-la, e assim se aceder ao bem estar individual e coletivo.

Ora, na luta pela posse destes bens materiais, como não poderia deixar de ser, teria que existir alguma segurança em relação aos direitos de gozo e fruição sobre esses bens. O indivíduo não estaria disposto a construir uma casa, a transformar um monte numa vinha, se a propriedade não fosse sua e se não tivesse a certeza e segurança de que no dia em que morresse aqueles bens fossem legados aos seus descendentes.

Esta vontade de acumular riqueza, de prosperar, de transformar montes em terrenos agrícolas e aldeias em vilas e cidades, contribuiu para o desenvolvimento da sociedade, tornando-a naquilo que ela é hoje.

Certamente, se os grandes proprietários não estivessem seguros de que a propriedade protegeria o seu próprio *status* e o das gerações vindouras, não teriam investido o que investiram. Talvez se contentassem com o mínimo capaz de lhes assegurar a sua própria sobrevivência.

Esta é a conceção ocidental da propriedade privada, em larga medida, e tradicionalmente, intimamente relacionada com a propriedade fundiária.

Aliás, a propriedade continua a desempenhar um papel de extrema importância no desenvolvimento económico das Nações, arriscando-me a afirmar que o facto de a agricultura ter voltado a ser encarada como um dos setores da economia que poderão funcionar como motor de arranque e sustentação do próprio equilíbrio económico mundial, trará novamente à propriedade fundiária o reconhecimento que esta estava a desmerecer.

Nos séculos XX e XXI, com o desenvolvimento sócio-económico e industrial que lhes estão associados, criaram-se novos tipos de propriedade, que a par da fundiária, enriqueceram o conceito de propriedade privada. São eles, designadamente, o direito ao salário, à retribuição, aos lucros e dividendos, a propriedade de títulos e ações, e mesmo os *royalties* inerentes à propriedade intelectual, condensados numa propriedade patrimonial a que muitos chamam de “*New Property*”.

Não obstante, para o desenvolvimento do presente estudo interessa-nos, sobretudo, debruçar sobre a propriedade imobiliária, no tradicional conceito de propriedade privada, ainda que pudéssemos avançar na consideração desta “*New Property*”, como, v.g., no caso do direito do arrendamento urbano.

2) EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Se recuarmos à própria tradição aristotélica, diríamos que esta defendia a ideia da existência de uma forma de vida boa em contraposição com uma forma de vida sem valores.

Para que o homem viva uma “vida boa” contribuem em larga medida as suas aptidões. Estas seriam, nada mais, nada menos, do que as ações promotoras dessa forma de vida capazes de distinguir o certo do errado. Entre estas virtudes encontrava-se a disponibilidade sobre bens materiais e, entre estes, a propriedade.¹

Já na esteira da tradição moderna, J. Locke desenvolveu um argumento segundo o qual a origem da propriedade poderá sustentar-se no trabalho individual do Homem e nos recursos da natureza. O papel do Estado será o de potenciar o trabalho no sentido da produção, e, em particular, no aumento de produtividade.

A defesa da propriedade privada, embora seja encarada de forma e com origens diversas, consoante o momento da história, foi uma constante no Ocidente.

Mas o paradigma até então dominante viu-se fortemente abalado pelos ventos do socialismo bolchevique, que sopraram no início do século XX na Rússia, propagando-se depois aos países da Europa Central e de Leste.

Para Karl Marx, um dos pais do “socialismo científico” e do “materialismo histórico” os homens nascem livres e iguais em direitos. Devem, pois, ter o direito às mesmas oportunidades. Na sequência desta doutrina, as classes sociais e a propriedade privada seriam conceitos a abolir. Deste modo, não seria aceitável a existência de diferenças económicas na sociedade. Assim, uma forma justa, à luz deste ideal, de alcançar esse objetivo de justiça na repartição dos bens, radicaria na abolição da própria

¹ O tema da “propriedade privada”, à luz da Constituição, foi extensamente desenvolvido por BRITO, Miguel Nogueira, *“A justificação da Propriedade Privada numa Democracia Constitucional”*, Almedina, 2007.

propriedade privada, passando os bens a pertencer em exclusivo à comunidade e como tal a todos os indivíduos.

Se durante muito tempo estas “ideias” não passaram do papel, a grande viragem ocorreu em 1917, com a Revolução Bolchevique na Rússia e a implantação de um regime, de cariz bem mais radical do que o “socialismo científico” de Marx e Engels, que Lenine protagonizou e deu o nome de “comunismo”.

Regimes comunistas foram também implantados em nações como a China, Cuba, Vietname e Coreia do Norte, nas quais se assistiu de forma similar à abolição da propriedade privada. Foram tempos de exageros e contradições que persistiram durante décadas e influenciaram o Ocidente a mudar de atitude e mentalidade.

E, todavia, um a um, esses regimes foram cedendo e com eles se esvaiu também a ideologia de abolição da propriedade privada em favor da comunidade.

Atualmente, acredito que poucos são os que põem em causa esta instituição, basilar no desenvolvimento da sociedade. E que por continuar a ser fundamental nesse desenvolvimento e prosperidade se encontra garantida na Constituição da República Portuguesa no seu artigo 62º.

3) A PREVISÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO DE PROPRIEDADE PRIVADA

O direito de propriedade privada, reconhecido constitucionalmente, é integrado no catálogo dos direitos fundamentais, e, particularmente, no subcapítulo dos direitos económicos, sociais e culturais.²

Longe vai o tempo em que se entendia ser o direito de propriedade o primeiro de todos os direitos. No tempo das constituições liberais, ao contrário da visão atual, a propriedade era considerada condição de fruição e gozo de todos os outros direitos, a começar pela liberdade. Nessa esteira, a Constituição de 1976 deslocou o direito de propriedade para o elenco dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais (DESC), deixando de figurar, como até aí acontecia, no quadro dos Direitos Liberdades e Garantias (DLG).³

Com isto pergunta-se: pretendia o legislador indiciar uma rutura definitiva do conceito de propriedade como condição de liberdade e dignidade humana, conforme previsto nas Constituições liberais? Ou, antes, atribuir-lhe uma função social, típica dos Direitos Fundamentais de natureza prestacional?

Em todo o caso, o direito de propriedade perde a sua qualidade de direito absoluto, inviolável e sagrado, atribuída pelo *Ancien Regime*, mantendo-se, todavia como um direito real máximo, nos termos do Código Civil.

² Entre nós, o direito à propriedade privada é reconhecido nos termos do disposto no artigo 62º da CRP. Também a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, protege este direito no seu artigo XVII: “1. Toda pessoa tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outros. / 2. Ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade.”

³ O direito de propriedade foi protegido ao longo de todo o percurso constitucional português. Desde as constituições monárquicas - Constituição de 1822 (artigo 6º), Carta Constitucional de 1826 (artigo 145º§6º e 21º), Constituição de 1838 (artigo 23º) – à Constituição Republicana de 1911 (artigo 3º§ 25), Constituição de 1933 (artigo 8º§15) e por fim Constituição de 1976 (artigo 62º).

Antes da Constituição de 1976, altura em que o direito de propriedade passou a integrar o elenco de direitos económicos, sociais e culturais, as constituições integravam-no, por ordem cronológica, no rol de direitos e deveres individuais dos portugueses (1822); garantias dos direitos civil e políticos dos cidadãos portugueses (1826); direitos e garantias dos portugueses (1838); direitos e garantias individuais (1911); garantias fundamentais dos cidadãos (1933); ou seja, grupo de direitos fundamentais que hoje designámos de direitos, liberdades e garantias.

Atualmente, o direito de propriedade é objeto de diversas limitações por parte do Direito Público, o que se poderá comprovar pela própria letra da Lei Constitucional. O nº 1, *ad fine*, do artigo 62.º, refere que “*a todos é garantido o direito à propriedade privada (...) nos termos da Constituição*” (sublinhado nosso).

A jurisprudência do Tribunal Constitucional já se manifestou, igualmente, neste sentido: “[o] direito de propriedade privada não é garantido em termos absolutos, mas dentro dos limites e nos termos previstos e definidos noutros lugares do texto constitucional”⁴.

Não obstante, a Constituição não esqueceu o direito de propriedade privada, nem sequer deixou de o garantir, continuando a reconhecer a sua qualidade de Direito Fundamental. Como corolário desta ideia de defesa do direito de propriedade, refira-se o disposto no nº 2 do artigo 62º da Constituição, que ao exigir o pagamento de justa indemnização em caso de requisição ou expropriação, estabelece como norma de ação a satisfação de uma utilidade pública.

Mais, não esqueçamos que o referido direito possui, de acordo com a doutrina e jurisprudência constitucional, natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias, no que diz respeito ao seu núcleo, sendo que por força do artigo 17º da Constituição se lhe aplica o regime jurídico dos direitos, liberdades e garantias.⁵

Do exposto, o direito de propriedade beneficia não só da força jurídica conferida pelo artigo 18º da Constituição, *ex vi* do exposto no artigo 17º, igualmente da Constituição, mas também da circunstância de o seu regime jurídico se encontrar sujeito a reserva de lei parlamentar, nos termos do disposto na alínea b), do nº 1 do artigoº 165º da Constituição.⁶

⁴ Acórdão nº 257/92, de 13 de julho de 1992, in www.tribunalconstitucional.pt.

⁵ Marcelo Rebelo de Sousa e José de Melo Alexandrino, defendem que o direito de propriedade constitui “um dos mais notáveis” exemplos de “direitos fundamentais de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias”, in *Constituição da República Portuguesa Comentada*, Lex, 2000, pag. 169

⁶ Vide Acórdão nº 187/01, de 02 de maio de 2001, in www.tribunalconstitucional.pt. Diz o acórdão: “O Tribunal Constitucional tem, na verdade, salientado repetidamente, já desde 1984, que o direito de propriedade, garantido pela Constituição, é um direito de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias, beneficiando, nessa medida, nos termos do artigo 17º da Constituição, da força jurídica conferida pelo artigo 18º e estando o respetivo regime sujeito a reserva de lei parlamentar (vide, na jurisprudência mais antiga, por exemplo, os Acórdãos n.ºs 1/84, 14/84 e 404/87, in ATC, respetivamente,

Mas em que consiste o “núcleo duro” do direito de propriedade privada? O Tribunal Constitucional tem-se manifestado no sentido de o fazer corresponder à prerrogativa de não ser privado da sua propriedade (com as exceções do nº 2 do artigo 62º da Constituição) e a outras dimensões do direito de propriedade, “*essenciais à realização do Homem como pessoa*”⁷.

Pode, pois, concluir-se que o direito de propriedade se apresenta como um direito de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias. Em caso de limitação ou restrição, haverá que aplicar o disposto no nº 2 do artigo 18º da Constituição.

Assim, a título exemplificativo, em caso de expropriação, autorizada nos termos do nº 2 do artigo 62º da Constituição, isto é, só podendo ocorrer quando estiver em causa razões de utilidade pública, mostrar-se-á ainda imprescindível cumprir os requisitos enunciados no nº 2 do artigo 18º, especialmente no que diz respeito ao princípio da proporcionalidade *latu sensu*, ou seja, ser um ato necessário, adequado e proporcional *strictu sensu* (comummente apelidado de “proibição de excesso”).

Mas não teria razão de ser que pelo crivo do artigo 18º devessem passar ainda outras situações de limitações impostas pelo Estado ou até pelo próprio cariz social que tem sido imputado ao direito de propriedade? Por exemplo, a questão das limitações impostas ao proprietário em matéria de arrendamento urbano (questão que adiante abordaremos).⁸

A resposta a essas questões prende-se também com a conceção do direito de propriedade.

vol. 2.º, pp. 173 e ss. e pp. 339 e ss., e vol. 10º, pp. 391 e ss., sobre a extinção da colónia; e vejam-se, também, os Acórdãos n.ºs 257/92, 188/91 e 431/94, respetivamente, in ATC, vol. 22º, pp. 741 e ss.; vol. 19.º, pp. 267 e ss. e vol. 28.º, pp. 7 e ss).”

⁷ Acórdão nº 329/99, de 02 de junho de 1999, in www.tribunalconstitucional.pt. A questão do núcleo essencial do direito de propriedade, análogo aos Direitos, Liberdades e Garantias foi também tratada no referido acórdão: “Desse núcleo (...) o direito de cada um a não ser privado da sua propriedade, salvo por razões de utilidade pública – e, ainda assim, tão só com base na lei e mediante o pagamento de justa indemnização (artigo 62º, n.ºs 1 e 2, da Constituição). Trata-se, aqui, justamente de um aspeto verdadeiramente significativo do direito de propriedade e determinante da sua caracterização também como garantia constitucional – a garantia contra a privação –, autonomizada no n.º 2 do artigo 62º (...). Para além disso, a outras dimensões do direito de propriedade, “essenciais à realização do Homem como pessoa”, poderá também, eventualmente, ser reconhecida natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias, beneficiando do seu regime.

⁸ Vide, infra, capítulo III

Mas afinal como poderemos qualificar juridicamente a propriedade?

Ao contrário de outros direitos fundamentais, cuja definição não levanta problemas de maior, a reflexão filosófica sobre a propriedade resulta controversa. Face ao facto da propriedade se mostrar essencial ao exercício da liberdade individual, somos forçados a configurá-la como um direito geral. Porém, há quem entenda o direito de propriedade como um direito especial, na medida em que só é proprietário quem detiver a posse legítima do bem.

Nas palavras de Miguel Nogueira Brito: *“não se trata apenas de a propriedade ser uma criação de direito, característica que partilha com outros direitos fundamentais, mas de ser uma criação de direito que envolve forçosamente a diminuição das liberdades naturais dos não proprietários”*.⁹

É ainda neste sentido que Otto Depenheuser sublinha que *“cada direito de propriedade não traz apenas liberdade para o seu titular, mas também sempre uma não liberdade para os excluídos do uso do objeto”*.¹⁰

Retiramos assim desta conceção do direito de propriedade uma dupla característica: a de garantia constitucional, dos proprietários, e a de limitação ao direito fundamental dos não proprietários ou de terceiros.

No seguimento desta tese, Jorge Reis Novais¹¹ salienta o carácter artificial da propriedade, que declara associado ao problema da transformação de normas de direito civil (relação entre particulares) em questões de direito público. Designadamente, quando estamos em presença de uma relação entre o Estado e os cidadãos, com as restrições jurídico-estaduais ao direito de propriedade.

Entende Jorge Reis Novais, que um direito tradicionalmente regulado pelo ramo do direito civil – direito de propriedade – se viu unilateralmente chamado ao âmbito do direito público. O proprietário (particular detentor do direito de propriedade) encontra-se subordinado à vontade dominante e restritiva do poder do Estado. O proprietário é

⁹ BRITO, Miguel Nogueira, *ob. cit.*, p. 842.

¹⁰ Citado por BRITO, Miguel Nogueira, *ob. cit.*, p. 843.

¹¹ NOVAIS, Jorge Reis. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição, Coimbra, 2003, p. 180

visto como o principal garante da função social que incumbe ao Estado. Deste modo, os contratos de arrendamento vigentes puderam ser unilateralmente “modificados” pelo Estado, impondo-se a contratos já celebrados entre particulares, no uso dos seus direitos e capacidades, limitações fundadas no cariz social da propriedade, nomeadamente, o “congelamento” das rendas e a proibição de despejo dos arrendatários.

Aliás, ao longo de todo o século XX assistimos por diversas vezes a limitações ao direito de propriedade privada impostas pelo Estado. É este o caso do arrendamento urbano. As crises sócio-económicas, no domínio do arrendamento urbano, têm motivado diversas intervenções legislativas. A Grande Guerra de 1914/18, originou profundas alterações legislativas. O Decreto n.º 1079, de 23 de novembro de 1914, congelou as rendas nos contratos existentes e a celebrar, obrigando o senhorio a arrendar prédios devolutos. A 28 de setembro de 1917, a Lei n.º 1928 veio declarar *“expressamente proibido aos senhorios ou sublocadores (...) intentar ações de despejo que se fundem em não convir-lhes a continuação do arrendamento, seja qual for o quantitativo das rendas”* (art. 2º/5).

Apesar destas restrições estarem condicionadas no tempo, enquanto durasse a crise que as motivara, o certo é que abriram caminho para restrições semelhantes, prolongando, na prática, a sua duração, através de novos diplomas legislativos.

Mas nem só as convulsões mundiais motivaram estas alterações restritivas em Portugal. No período pós 25 de Abril foram várias as medidas tomadas à semelhança do que sucedeu anteriormente, como as constantes do DL 445/74, de 12 de setembro, que, pretendendo resolver o problema da habitação, alargou a todos os concelhos do país a suspensão das avaliações fiscais para atualização das rendas (o que até então só vigorava no Porto e Lisboa). Suspendeu ainda o direito de demolição. Estabeleceu um dever de arrendar e fixou rendas máximas para o arrendamento de prédios antigos, sendo que a inobservância destas regras implicaria responsabilidade penal.

Já o DL 155/75, de 25 de março, suspendeu as denúncias do arrendamento feitas com base na ampliação do prédio ou na necessidade do local arrendado para casa própria do senhorio.

Se uma primeira leitura do artigo 62º da Constituição nos apresenta um direito fundamental - o direito de propriedade - aparentemente forte e incontestável, uma

análise mais atenta, fruto de um estudo mais aprofundado, minará certamente tal certeza aparente. E se o direito de propriedade individualmente considerado levantava já bastantes dúvidas e questões, tudo isto se agrava quando posto em confronto com outros direitos fundamentais, e, no caso, o direito à habitação, conflito que a história tem mostrado ocorrer com mais frequência do que a desejável.

Mas antes de analisarmos essa relação, convirá debruçar-nos sobre o âmbito e conteúdo de um outro direito fundamental, igualmente basilar no que concerne ao tema em análise - o direito à habitação.

CAPÍTULO II

O DIREITO À HABITAÇÃO

1) A RELAÇÃO ENTRE O DIREITO DE PROPRIEDADE E O DIREITO À HABITAÇÃO

No anterior capítulo referi-me à relação frequente que em muitos casos termina em colisão, entre os direitos de propriedade e de acesso à habitação.

Isto, não apenas porque o direito à habitação se realiza em muitos casos através do direito de propriedade, do acesso à habitação própria, como também através do arrendamento de propriedade alheia. Neste último caso, como em qualquer outra relação jurídica, há que proceder a um equilíbrio de interesses.

O facto de nem todos os cidadãos possuírem casa própria não é sinónimo de recusa do acesso ao direito à habitação. Pelo contrário, a habitação corresponde ao local onde o cidadão estabelece o seu domicílio, a sua residência, a sua casa de morada de família. O arrendamento cumpre aqui um papel de importância extrema quanto à realização deste direito fundamental.

Ora, ao habitar uma casa arrendada acedemos ao gozo de um direito, o direito à habitação, através da propriedade de um terceiro. Daí que esta relação, entre o direito de propriedade e o direito à habitação, nem sempre se traduza numa relação sadia.

Assim, caracterizado que foi o direito de propriedade, debruçemo-nos então sobre o direito de acesso à habitação.

A Lei Fundamental portuguesa reconhece aos cidadãos, no seu artigo 65º, o direito de acesso à habitação, incumbindo, desde logo, ao Estado:

- “a) *programar e executar uma política de habitação (...) adequada (...);*
- b) *promover, em colaboração com as regiões autónomas e autarquias locais, a construção de habitações económicas e sociais;*

c) estimular a construção e o acesso à habitação própria ou arrendada; e

d) incentivar e apoiar iniciativas (...) tendentes a resolver os problemas habitacionais (...)¹².”

Mais, ao Estado compete ainda “(...) adotar uma política tendente a estabelecer um sistema de renda compatível com o rendimento familiar e de acesso à habitação própria.”¹³

Do que se disse, sublinharia, e com interesse para o presente estudo, as alíneas a) e c), do nº 2, e o nº 3, do artigo 65º.

Deste modo, numa primeira abordagem, interessa qualificar o direito de acesso à habitação do ponto de vista constitucional.

E, antes de mais, sublinhar que os direitos sociais devem ser qualificados de direitos subjetivos, inerentes à esfera jurídica do cidadão, detentores da mesma carga de dignidade subjetiva dos Direitos, Liberdades e Garantias.

A esta luz, as normas consagradoras de Direitos Económicos, Sociais e Culturais, como será o caso do referido artigo 65º, determinam uma atuação prestacional do Estado face ao cidadão diversa daquela que se espera ser a atuação do Estado perante um Direito, Liberdade e Garantia, que será de abstenção. A realização destes direitos não depende de uma ação ou prestação do Estado. Aqui o Estado limita-se a respeitar o gozo desses direitos, liberdades e garantias, e, consequentemente, deve abster-se de criar mecanismos que limitem ou possibilitem a sua violação.

A exigência de atuação positiva dos poderes públicos em relação aos Direitos Económicos, Sociais e Culturais justifica-se como garantia de proteção jurídica desses mesmos direitos, já que para a sua efetiva realização não se basta apenas com o mero reconhecimento constitucional, tornando-se ainda necessária uma prestação por parte do Estado¹⁴.

¹² Cfr. nº 2 do artigo 65º da CRP.

¹³ Cfr. nº 3 do artigo 65º da CRP.

¹⁴ Indiciando-se neste ponto o problema do custo dos direitos. Cfr., infra, capítulo II, ponto 3.2.

No que concerne ao disposto nas alíneas atrás referidas e no nº 3 do artigo 65º, será de sublinhar que a Constituição impôs ao Estado um direito positivo a uma ação positiva, que sendo incumprido, poderá desencadear o mecanismo de controlo da constitucionalidade por omissão, previsto no artigo 283º da Constituição.

Gomes Canotilho e Vital Moreira entendem que o direito à habitação, para além da natureza prestacional imposta ao Estado por via constitucional apresenta também como outros Direitos Económicos Sociais e Culturais uma natureza negativa, isto é, o direito de não ser arbitrariamente privado de habitação ou de não ser impedido de conseguir uma. Daí que incumba ao Estado e a terceiros um dever de abstenção, análogo aos Direitos, Liberdades e Garantias¹⁵. Esta aplicação analógica faz com que, por exemplo, o Estado arrendatário e o terceiro senhorio se vejam impedidos de despejar o inquilino, sem que exista uma das causas previstas na Lei, o que se traduz numa ação negativa, isto é, um “*non facere*”.

Será, pois, interessante comparar esta posição com a de Marcelo Rebelo de Sousa e José de Melo Alexandrino ao comentar o 65º da Constituição: “*tal como no direito à saúde, não é fácil concordar, sem mais, com a natureza análoga a direito, liberdade e garantia do direito à habitação. Sem prejuízo da evolução que a figura regista, por exemplo, na jurisprudência constitucional italiana, parece-me estar-se, também aqui, essencialmente, perante um direito positivo, um direito a prestações. É possível que uma evolução dessocializante ou liberalizadora encaminhe, no futuro, este direito nesse outro sentido. Não é, porém, o que se verifica no momento presente.*”¹⁶

Assim, o artigo 65º da Constituição reconhece o direito de todos a habitar uma “*morada digna, onde cada um possa viver com a sua família*”. Ou como referem Jorge Miranda e Rui Medeiros, “*proporcionada ao número dos membros do respetivo agregado familiar, por forma a que seja preservada a intimidade de cada um deles e a privacidade da família no seu conjunto; uma morada que além disso, permita a todos*

¹⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital Constituição da República Portuguesa Anotada, vol I, 4ª edição revista, Coimbra Editora, 2007, pag. 833-834.

¹⁶ SOUSA, Marcelo Rebelo; ALEXANDRINO, José de Melo, Constituição da República Portuguesa Comentada, Lex, 2000, pag. 175.

*viver em ambiente fisicamente sadio e que ofereça os serviços básicos para a vida da família e da comunidade”.*¹⁷

¹⁷ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui, Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I, Coimbra Editora 2005, p. 665.

2) O DIREITO DE ACESSO À HABITAÇÃO

O acesso à habitação (também enquanto direito constitucionalmente protegido) pode alcançar-se igualmente de várias formas, seja através da aquisição de habitação própria, como através do arrendamento ou mesmo de um simples comodato habitacional.

Daí que a existência de um direito à habitação não pressuponha, em todos os casos, o respetivo direito de propriedade. O Tribunal Constitucional, referindo-se ao direito à habitação, sublinha o entendimento de que o direito não tem que corresponder à propriedade do imóvel¹⁸. O acórdão em referência aborda uma questão relacionada com a penhora de um imóvel habitado pelo executado e sua família. De forma a manter o bem, este último recorreu ao Tribunal Constitucional, alegando violação do direito à habitação, do princípio da dignidade da pessoa humana e do mínimo indispensável à sua realização, por insuficiência de rendimento económico e social.

Analizada a questão, o Tribunal Constitucional decide do seguinte modo: “A estas considerações há, ainda, que aditar, por um lado, que o direito à habitação não se esgota ou, ao menos, não aponta, ainda que de modo primordial ou a título principal, para o «direito a ter uma habitação num imóvel da propriedade do cidadão» e, por outro, que o “mínimo de garantia” desse direito (ou seja, o de obter habitação própria ou de obter habitação por arrendamento “em condições compatíveis com os rendimentos das famílias”) é algo que se impõe como obrigação, não aos particulares, mas sim ao Estado, disponibilizando (verbi gratia) “os meios que facilitem o acesso à habitação própria (fornecimento de terrenos urbanizados, créditos bonificados, acessíveis à generalidade das pessoas, direito de preferência na aquisição de casa arrendada, etc.) e de controlo e limitação das rendas (tabelamento das rendas, subsídios públicos às famílias mais carecidas, criação de um parque imobiliário público com rendas limitadas, etc.)”.

¹⁸ Acórdão do Tribunal Constitucional nº 649/99, de 24 de novembro de 1999, in: www.tribunalconstitucional.pt.

Distingue, portanto, o direito à habitação do direito de propriedade do imóvel, ressaltando ainda que a obrigação de promover o acesso à habitação se apresenta como uma incumbência do Estado e não dos particulares.

Os casos típicos de direito de acesso à habitação são, na realidade, a aquisição e o arrendamento. De resto, longe vão os tempos em que numa mesma casa viviam três e quatro gerações da mesma família, partilhando espaço e despesas. Esses eram tempos em que não havia facilidade no acesso ao crédito à habitação. Nas duas últimas décadas, pelo contrário, a concessão de crédito generalizou-se, permitindo à maioria das famílias o acesso a casa própria. Hoje, essas mesmas famílias não conseguem aceder ao crédito, vendo-se obrigadas a alterar hábitos de conduta e de acesso aos bens.

Como já referido, o artigo 65º da Constituição, na alínea c), do seu nº 2, estatui que é incumbência do Estado estimular o acesso à habitação própria ou arrendada.

No que concerne à habitação própria, nunca é de mais sublinhar que adquirir casa é uma aspiração de quase todos os portugueses. Talvez seja uma questão de mentalidade, uma ideia de segurança (a de possuir um teto a que possamos chamar realmente nosso).

De acordo com o census 2011, Portugal é um dos países europeus no qual o número de habitação própria por cidadão é mais elevado. Para isso contribuíram em larga escala as políticas do Estado adotadas nos últimos anos. O crédito jovem à habitação (bonificado) é disso exemplo, ao ter permitido a muitas famílias portuguesas a denúncia do contrato de arrendamento e a celebração de uma escritura de compra e venda e mútuo, com ou sem hipoteca e fiança.

Mas essas medidas de incentivo à aquisição de casa própria provenientes do regime de crédito bonificado foram revogadas em 2003.¹⁹

Não concordando com o fim daquele regime, um conjunto de deputados do Partido Socialista apresentou na Assembleia da República um pedido de apreciação da constitucionalidade da norma do Decreto-Lei 305/2003, de 9 de dezembro. Para tal alegaram, além de vários outros fundamentos, a violação do nº 3 do artigo 65º, alínea c),

¹⁹ Regime revogado pelo artigo 1º do Decreto-Lei nº 305/2003, de 9 de dezembro.

do nº 3 do art.º 70, nº 1, do art.º 36º da Constituição e ainda do princípio da proibição do retrocesso social.

Quanto à alegada violação do direito à habitação, declarou o Tribunal Constitucional²⁰ que as normas inseridas na Lei nº 305/2003, de 9 de dezembro, não padeciam de inconstitucionalidade. Fundamentou a sua decisão do seguinte modo: há que ter “*em conta todos os fatores enunciados (liberdade do legislador na escolha das medidas concretizadoras de uma política de promoção do acesso à habitação; necessidade de concordância prática do direito à habitação com outros direitos e valores fundamentais; alteração do quadro macro-económico; evolução das taxas de juro; desenvolvimento do mercado do crédito à habitação; deficiente funcionamento do sistema de atribuição de crédito à habitação e, decisivamente, a existência de outros instrumentos de prossecução da referida política)*”.

Em suma, poderá concluir-se que o cidadão poderá aceder à habitação não só através da aquisição, mas também através de outras formas, como, por exemplo, o arrendamento. Desta forma, as políticas do Estado, tendentes a assegurar a realização desse direito podem seguir direções diversas. Cumprida essa obrigação (a de adotar políticas, sejam elas quais forem, que assegurem a realização do direito à habitação), não poderá o Estado ser acusado de violar o ordenado pela Constituição, e, consequentemente, o direito fundamental.

Mais, essas políticas são sempre condicionadas pela realidade sócio-económica envolvente, que, no caso, deixou de ser favorável ao acesso ao crédito – único meio utilizado pela maioria das famílias para aquisição de habitação própria – fator que obrigou o Estado, por falta de meios, a alterar as políticas até então vigentes.

Neste sentido, refere o Tribunal Constitucional, a submissão da efetivação dos direitos fundamentais à *reserva do possível*. Este instituto, parte da premissa de que a realização dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais implica custos. Na medida em que cabe ao Estado assegurar a realização desses direitos, os custos dos direitos serão também suportados por ele. Infelizmente, o Estado não dispõe de recursos ilimitados, pelo que, num determinado momento e espaço, poderá não lhe ser possível assegurar

²⁰ Acórdão nº 590/2004, de 6 de outubro, in www.tribunalconstitucional.pt.

plenamente a efetivação de todos os Direitos Económicos, Sociais e Culturais. É neste ponto que surge o conceito de reserva do possível, que afirma que ao Estado só é exigível que cumpra as suas obrigações no quadro dos meios de que dispõe. Assim, o particular só poderá exigir do Estado o “razoável” face aos meios disponíveis.

Quanto à *proibição do retrocesso social*, entende o Tribunal Constitucional que a mesma ocorrerá quando se deixar de assegurar o núcleo essencial de um direito fundamental. E acrescenta que podem existir outros instrumentos que permitam o acesso à habitação – e quase me arrisco a ler nas entrelinhas que tal acesso não se faz unicamente através da aquisição de habitação própria – não se violando, assim, o referido princípio.

Além de que, intrinsecamente relacionado com o direito à habitação, surge o *princípio da dignidade da pessoa humana*. À luz deste princípio foi criado, por exemplo, o rendimento social de inserção, um mínimo que o Estado deve sempre assegurar ao cidadão de modo a possibilitar-lhe uma vivência digna. Reitera-se que a condição de um mínimo de existência condigna terá que ser enquadrada na medida da “*reserva do possível*”, incluindo o quadro atual de exceção económicofinanceira.

O nº 3 do artigo 65º da Constituição tem por base um conceito de “*mínimo*” ao impor o estabelecimento de uma renda compatível com o rendimento familiar.

Para que fosse possível dar cumprimento ao estipulado pela Constituição, a política encontrada pelo Estado foi, precisamente, a manutenção do congelamento das rendas ou o excessivo limite às suas atualizações. A única falha do mecanismo encontrado é ser o particular, enquanto senhorio, que tem assegurado o cumprimento do dispositivo, sendo que em muitos casos é o senhorio que deixa de auferir uma renda justa, recebendo antes uma “renda compatível com o rendimento familiar”, ou, na pior das hipóteses, uma renda insignificante face ao rendimento familiar, mas, ainda assim, extremamente baixa.

Desta forma, o particular cumpre a incumbência atribuída pela Constituição ao Estado, de providenciar uma habitação para cada família, de acordo com o valor que o agregado familiar possa suportar. Diferente seria se, por exemplo, existisse uma “bolsa” de casas para habitação, ou, ao invés do que tem sucedido, se mantivesse as rendas baixas para as famílias carenciadas, arcando o Estado com a diferença entre o valor da

renda efetivamente paga e o valor da renda justa por aquele locado, que seria paga ao senhorio.

Antes de finalizar o presente capítulo, não podemos deixar de referir que o direito à habitação não resulta apenas da leitura do artigo 65º da Constituição. O legislador entendeu por bem proteger ainda determinados grupos sociais, contemplando-os com direitos particulares que em muito influenciam a atividade legislativa e jurisprudencial nacional. É o que ocorre no caso da juventude, cidadãos portadores de deficiência e terceira idade, titulares de direitos particulares que a Constituição reconhece nos artigos 70º, 71º e 72º.

Relativamente aos jovens, a Constituição estabelece que “...gozam de proteção especial para efetivação dos seus direitos económicos, sociais e culturais, nomeadamente: (...) no acesso à habitação”²¹. Aditada esta alínea na revisão de 1997, o legislador veio alargar o âmbito de proteção do direito à habitação aos jovens, o que se traduz em políticas de fomento, sendo que no caso do arrendamento, como veremos mais adiante, os jovens se encontram especialmente protegidos face à generalidade dos cidadãos.

Quanto à terceira idade, igualmente, “as pessoas idosas têm direito à segurança económica e a condições de habitação (...)”²² mais favoráveis devido à fragilidade e ao merecimento de uma proteção redobrada, nomeadamente, relativa ao regime de arrendamento urbano.

Já quanto aos cidadãos portadores de deficiência, pese embora a Constituição não referir expressamente a sua especial proteção no que diz respeito à questão da habitação, o nº 2 do artigo 71º afirma a existência de “... deveres de solidariedade para com eles e a assumir a realização dos seus direitos...”. Neste sentido, o legislador tem vindo igualmente a proteger os portadores de deficiência relativamente ao arrendamento urbano enquanto realização do seu direito à habitação.

A proteção conferida aos detentores destes direitos particulares é evidente quando falamos, no âmbito do arrendamento urbano, das limitações ao despejo,

²¹ Alínea e do nº 1 do artigo 70º CRP.

²² Cfr. alínea e do nº 1 do artigo 70º.

atualização de rendas e transição dos contratos antigos para o NRAU, que abordaremos no capítulo seguinte.

Ora, a questão que me parece dever ser respondida é a de saber quem é o destinatário das normas e princípios constitucionais em análise? O Estado ou o particular? Este tópico assume ainda mais relevância quando abordamos o problema da função social do direito de propriedade, já que, conforme referido, existem grupos especialmente protegidos e interesses de ambas as partes a acautelar: senhorios/proprietários e inquilinos.

CAPÍTULO III

O ARRENDAMENTO URBANO

1) ORIGENS HISTÓRICAS DO ARRENDAMENTO. O VINCULISMO

A questão do arrendamento urbano não é nova no nosso ordenamento jurídico. E muito menos a discussão dos direitos inerentes ao estatuto de arrendatário e de senhorio, bem como a gestão dos problemas causados pelo seu relacionamento.

Já no âmbito das Ordenações Filipinas se previa a regulamentação das relações entre senhorio e inquilino, designadamente, o despejo em caso de necessidade da habitação para utilização do senhorio e da sua família.

Senão veja-se:

*“O senhor da casa, por algum caso que de novo lhe sobreveio, a há mister para morar nela, ou para algum seu filho, irmão ou irmã, porque nestes casos poderão lançar o alugador fora durante o tempo de aluguer, pois lhe era tão necessário, pelo caso que de novo lhe sobreveio, de que não tinha razão de cuidar ao tempo que alugou”*²³

O Homem desde sempre precisou de um abrigo que lhe servisse como habitação, mas a realidade é que nem todos conseguem uma habitação própria. Como tal, e porque será inegável que a sociedade agrega cidadãos com diferentes recursos financeiros, sempre existiu e existirá quem tenha mais que uma casa e possa dela dispor, criando assim um rendimento extra. Tal realidade ainda hoje se mantém. O que se alterou foi a maneira de gerir e configurar a relação proprietário/inquilino e o respetivo contrato de

²³ Transcrito em GOMES, M. Januário, *Arrendamentos para Habitação*, 2ª ed., Coimbra, 1996, p.304.

arrendamento, que titula aquela relação jurídica e a vontade de dispor e de utilizar o bem.

Esse contrato de arrendamento agrega duas realidades:

i) o direito do arrendatário a utilizar o bem e, desta forma, realizar o seu direito à habitação; e,

ii) o direito que assiste ao proprietário em ser retribuído de forma justa pela disponibilização de um bem que lhe pertence.

Como refere Jorge Pinto Furtado: “[e]m tempos menos recentes, o arrendamento constituía-se normalmente por um contrato, com as suas normas próprias, é claro – mas que tradicionalmente beneficiavam, com a maior amplitude, como as dos outros contratos em geral, do princípio de autonomia da vontade. Sendo temporários por natureza, o contrato cessava, findo o prazo estabelecido, só podendo renovar-se quando ambas as partes nisso concordassem. Não havia, por conseguinte, bloqueio da renda primitiva – que, por outro lado, era contratada livremente e sem subordinação a qualquer tabelamento legal.”²⁴

Se no início da sua instituição, o contrato de arrendamento se encontrava em pé de igualdade com os restantes contratos, aproveitando ainda o princípio da liberdade contratual (o próprio Código de Seabra previa a liberdade de forma, permitindo que as partes pudessem estabelecer o seu conteúdo como lhes aprouvesse), tal realidade alterou-se substancialmente e de forma praticamente global.

De facto, a I Guerra Mundial marca indiscutivelmente o “fim de uma época”. A preocupação com os soldados mobilizados e suas famílias, com especial enfoque no que diz respeito à conservação de casa de habitação e estabilidade de renda, levaram a que a maior parte dos países beligerantes, e mesmo os não beligerantes, adotassem medidas

²⁴ FURTADO, Jorge Henrique Pinto, *Manual do Arrendamento Urbano*, Almedina, 1996, pag. 137.

²⁴ Para uma visão mais alargada do regime do arrendamento urbano e, em particular, do arrendamento vincultístico, aquele que em maior confronto coloca o direito de propriedade e o direito à habitação, igualmente, pp. 138 e ss.; e *Curso de Direito dos Arrendamentos Vincultísticos*, 2ª Edição, Almedina, 1988, pp. 125 e ss.

protecionistas no âmbito do arrendamento²⁵. O fomento do protecionismo face ao inquilino e à sua família conduziu, assim, ao nascimento dos *arrendamentos vincuistas*.

Os arrendamentos vincuistas implicaram duas grandes alterações em relação aos anteriores contratos, que se tornaram nas suas características fundamentais: a imposição de automática prorrogação legal dos contratos, findo o seu prazo (a não ser que essa não fosse a vontade do inquilino) e o congelamento de rendas.

Se tais providências legislativas foram decretadas como temporárias, por exigência da conjuntura – não podemos esquecer que a I Guerra Mundial foi altamente mortífera, deixando imensas viúvas, órfãos, mães sem qualquer sustento, pelo que os Estados, também eles destruídos e depauperados tiveram que minimizar estas carências através da “caridade de terceiros”, no domínio do arrendamento e da habitação, sacrificando os interesses dos senhorios - a verdade é que estes arrendamentos vincuísticos estenderam-se para além do período compreendido pela I Guerra Mundial, abrangendo ainda o período da II Guerra Mundial e, em muitos casos, as décadas posteriores²⁶.

Nas palavras de M. Januário C. Gomes, o “*estabelecimento de um regime específico para os arrendamentos habitacionais justifica-se fundamentalmente à luz do apontado sentido estrito: é esse sentido que desde o princípio do século e com particular e crescente força a partir das duas guerras, e entre nós também a partir de 25 de Abril de 1974, tem provocado inúmeras intervenções legislativas, norteadas, conforme os tempos e as forças reinantes, para interpretações diversas da melhor forma de assegurar ao inquilino uma habitação condigna e ao locador uma retribuição justa*”.²⁷

Do exposto, podemos concluir que a fim de proteger o direito à habitação, o nosso ordenamento jurídico pautou-se por um pendor vincuístico bastante acentuado no que concerne ao regime do arrendamento urbano. No domínio arrendatício o legislador fez tábua rasa do princípio da liberdade contratual. Medidas como o congelamento de

²⁵ Para uma visão global do problema, *Ibid*, pp 130 a 155.

²⁶ No capítulo I referiram-se já diversas alterações legislativas ao longo do século XX em Portugal, fomentando o protecionismo do inquilino.

²⁷ GOMES, M. Januário C., *ob. cit.*, pags. 13/14.

rendas, a prorrogação dos prazos contratuais ou a impossibilidade de despejar inquilinos²⁸, foram a passo e passo enfraquecendo o direito de propriedade dos senhorios em detrimento do direito à habitação dos inquilinos.

São vários os autores que se pronunciaram neste domínio, dos quais destacaremos os seguintes:

- J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira entendem que o n.º 3 do art.º 65º da Constituição determina a inconstitucionalidade da “*submissão das rendas e dos despejos à liberdade contratual*”, uma vez que “*o direito à habitação deve prevalecer sobre o direito de uso e disposição da propriedade privada*”.²⁹

- Marcelo Rebelo de Sousa e José de Melo Alexandrino defendem que “*(...) não é líquido que a submissão do direito de arrendamento à liberdade contratual possa ter-se por inconstitucional, por prevalecer sobre ela o direito de habitação. Julga-se o contrário: que uma correta política de habitação pode precisamente exigir um incremento da liberdade contratual nesse domínio, assegurando melhor todo o programa constitucional dos direitos fundamentais – e também o direito de habitação.*”³⁰

- Para J. Pinto Furtado, por sua vez, “*(...) o vinculismo de longo prazo (...) não*” se afigura “*idóneo para assegurar a realização prática do direito à habitação que a nossa Lei Fundamental configura como direito fundamental de natureza social. Pelo contrário, nessa base, a sua ineficiência e iniquidade da distribuição que envolve, ao sacrificar os que ainda não estão servidos em proveito desmedido dos que já se encontram alojados, o vinculismo habitacional caracteriza-se como uma tutela simplesmente hipócrita e contraproducente do direito à habitação, saldando-se afinal,*

²⁸ Em junho de 1948, o Deputado Sá Carneiro, durante a preparação da Lei n.º 2030, propôs que se fundamentasse o despejo no facto de o senhorio necessitar da casa para sua habitação ou dos seus ascendentes ou descendentes, não tendo essa proposta sido aceite. Ora, neste período, o regime era de tal forma protecionista que poderia permitir a manutenção de um contrato de arrendamento quando o próprio senhorio ou família direta não tinham casa para si.

²⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra, 2007, 835.

³⁰ SOUSA, Marcelo Rebelo; ALEXANDRINO, José de Melo, *ob. cit.*, pag. 175.

bem feitas as contas, por uma encapotada mas efetiva e insidiosa negação do princípio contido no artigo 65º da Constituição ”³¹.

Se o primeiro entendimento dispensa qualquer explicação adicional pela sua clareza, penso que o segundo será mais controverso por se posicionar num plano diverso do da realidade vigente.

Nem por isso deixará de ter valor, e, certamente sentido, se pensarmos que, pese embora haver que proteger o direito à habitação, como direito fundamental, uma excessiva proteção (no caso o facto de o contrato de arrendamento escapar à liberdade contratual), poderá dar azo à violação de outros direitos fundamentais, igualmente protegidos pela Constituição (por exemplo o direito de propriedade). Não seria correto que as partes, tivessem, designadamente, o poder de estipular livremente as cláusulas contratuais, de acordo com as suas reais necessidades? A título de duração do contrato?³²

Quanto ao entendimento de J. Pinto Furtado, a apresentação de um exemplo prático tornará mais assertiva a ideia que se pretende transmitir.

Assim, o vinculismo que pretendia originariamente proteger o cidadão que realmente necessitava de uma casa para habitação, não possuindo outros meios de a conseguir, veio exponenciar situações de injustiça social, na medida em que não distinguia os mais desfavorecidos daqueles que possuíam meios capazes de suportar eventuais aumentos de renda.

Consequentemente, devido à manutenção de rendas baixas, de valor insignificante ao orçamento familiar, muitos inquilinos mantinham, e alguns ainda mantêm, os locados arrendados, não para fins habitacionais, mas por comodidade, tornando-os deste modo indisponíveis para fazer face a verdadeiras necessidades de habitação.

³¹ FURTADO, J. Pinto, *Valor e eficiência do direito à habitação à luz e análise económica do direito*, in *O Direito*, ano 124 (1992), p. 525.

³² De referir que o Novo Regime de Arrendamento Urbano (Lei 31/2012, de 14 de agosto), aprovado a 2 de junho de 2012, prevê exatamente a redução dos prazos contratuais, ao contrário do regime até então vigente que estabelecia um prazo mínimo de cinco anos para duração do contrato.

Atentemos no antagonismo gerado: devido à proteção conferida ao direito à habitação viola-se o próprio direito/necessidade de acesso à habitação. Já para não referir os interesses do senhorio, que vê o seu direito de propriedade limitado, sem por isso receber uma renda justa.

Independentemente das considerações expostas, tudo se resume a colocar o direito de propriedade num dos pratos da balança e o direito à habitação no outro. Difícil será acertar o fiel da mesma, sem permitir que um dos braços se desequilibre e se quebre.

A posição do arrendatário vem sendo, desde há muitos anos a esta parte, um dos pontos fortes do regime do arrendamento urbano, sendo que a legislação tem limitado a autonomia privada do senhorio, nomeadamente ao nível da denúncia e, consequentemente, da cessação do contrato.

Mas esta fragilização da posição do senhorio não ocorreu sem que para isso tivessem contribuído determinadas situações concretas, por nós já referidas, e que se manifestaram, principalmente, na falta de casas para habitação.³³

Em 1948, Paulo Cunha afirmou que *“para resolver a sério o problema da habitação, pondo os olhos no futuro e não apenas no momento que passa, só há uma maneira: fomentar a construção de mais casas. Ora a limitação das rendas – em particular o exemplo da sua redução forçada em contratos já celebrados e sujeitos a regime de renovação obrigatória – é a providência mais apta para produzir o resultado contrário”*³⁴

Vinte e oito anos volvidos, a Constituição da República veio no seu artigo 65º imputar ao Estado uma série de incumbências. Entre estas, a de fomentar a construção privada e cooperativa, dando razão a Paulo Cunha.

A atual situação, entretanto, demonstrou que a construção privada não será a melhor solução. O país possui um parque imobiliário a abarrotar de casas novas, mas que os proprietários não conseguem vender, e um sem número de casas antigas, em tal

³³ Cfr., supra, capítulo I

³⁴ Voto de vencido no Parecer da Câmara Corporativa nº 29/48 in *Diário das Sessões* de 01-04-1948, p. 408 (47).

estado de degradação que inviabiliza a sua utilização, através, por exemplo, do arrendamento.

Paulo Cunha na sua exposição referiu, ainda, um outro ponto: o respeito pela propriedade privada.

O legislador e a jurisprudência têm defendido a ideia de que a propriedade privada cumpre uma *função social*³⁵. A esta luz, subtraiu-se o contrato de arrendamento para habitação à regra da liberdade contratual, submetendo-o à renovação automática e obrigatória. A função social da propriedade privada surge como um princípio limitador da atuação do proprietário, com vista a incrementar o bem-estar social.

O Tribunal Constitucional, através dos acórdãos nº 346/93 de 12 de maio e do nº 322/00 de 21 de junho evidencia a tarefa de mediação que recai sobre o legislador. Discute-se o facto de haver um, quase, “abuso de direito” de propriedade (por parte do senhorio) ao pretender despejar quem utilizava as casas, no primeiro caso um sublocatário, e, no outro, os pais do inquilino, violando-se deste modo o seu direito à habitação. Os Recorrentes pretendiam, ver declarada a inconstitucionalidade disposto no artigo 1102º do Código Civil, que consideravam deturpar o sentido que constitucionalmente se pretendia que fosse atribuído à propriedade.

O Tribunal Constitucional não atendeu à pretensão dos Recorrentes, acabando por não considerar a norma inconstitucional. O direito à habitação, a ser assegurado e promovido, deverá sê-lo pelo Estado e não pelo particular, sublinha.

Os Recorrentes pretendiam demonstrar a existência de “abuso de direito” de propriedade, o que não foi atendido pelo Tribunal Constitucional.

Ao longo dos últimos anos sacrificou-se o direito do senhorio a denunciar livremente o contrato, impondo-se-lhe um dever de solidariedade para com o seu semelhante, que acabou por onerar irremediavelmente o direito à propriedade privada através daquilo a que alguns autores designaram por “*hipoteca social*”.

³⁵ Por exemplo, nos acórdãos do Tribunal Constitucional nº 346/93, de 12 de maio, e o nº 322/00, de 21 de junho, in www.tribunalconstitucional.pt.

É porventura contraditória e quase inaceitável esta ideia de ónus que pesa sobre um direito fundamental, tão só e apenas para proteger um outro direito fundamental.

O Acórdão do Tribunal Constitucional nº 346/93 pronunciou-se sobre esta questão. Nele pode-se ler que a gestão do relacionamento entre a realização do direito à habitação e da propriedade privada é entendida da seguinte forma: *“nesta matéria do direito constitucional à habitação, tem de ponderar-se que o seu grau de realização fica dependente sempre, em última análise, das opções que o Estado seguir em matéria de política de habitação, as quais são sempre condicionadas pelos recursos financeiros que o próprio Estado possa dispor em cada momento (a chamada “reserva do possível”) e pelo grau de sacrifício que o legislador considerar razoável impor aos proprietários privados, senhorios de casas de habitação”*.

Certo é que o direito de propriedade possui um cunho marcadamente garantístico, sendo essa a sua razão de ser: proteger o seu titular e incentivar – na esteira da doutrina liberal – o crescimento económico da própria sociedade.

Todavia, não obstante na sua essência se configurar como um direito quase absoluto, impõe-se-lhe uma série de limitações, justificadas, por muitos, pela função social que recai sobre a propriedade.

Entendem alguns autores que a realização do direito de propriedade deverá estar condicionado pelo bem-estar social, e, como tal, o proprietário, à partida, não poderá exercer livremente o seu direito de propriedade em toda e qualquer situação.

A Constituição de Weimar, de 1919, inovou ao proclamar que a propriedade deve servir o bem da coletividade, elevando, a nível constitucional, a ideia de função social equiparada à categoria de princípio jurídico-constitucional.

Dáí em diante, outros ordenamentos jurídicos foram influenciados por esse ideal e postura. Mas a verdade, é que a Constituição portuguesa, ao contrário, por exemplo, das Constituições alemã³⁶, boliviana³⁷ ou brasileira³⁸, não contem uma norma expressa e

³⁶ A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, em vigor desde 1949, no artigo 14º, nº 2, na senda a Constituição de Weimar de 1919, determinar que: “A propriedade obriga. O seu uso deve, ao mesmo tempo, servir o bem-estar geral.” (*“Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen.”*).

direta que vincule o proprietário ao cumprimento de um dever positivo, em harmonia com a função social da propriedade, pelo que a função social do direito de propriedade, entendida em sentido diverso daquele a que se refere o artigo 62º da Constituição – expropriação por utilidade pública – terá que ser entendida com base numa interpretação dogmática constitucional.

O próprio Código Civil Português, no seu artigo 1305º, caracteriza a propriedade preceituando que “*o proprietário goza de modo pleno e exclusivo dos direitos de uso, fruição e disposição das coisas que lhe pertencem, dentro dos limites da lei e com observância das restrições por ela impostas*”. Neste sentido, observa Mota Pinto, que: “*Esta definição parece transferida de um código inspirado por princípios individualistas extremos. Não repercute aqui, diretamente, nenhuma ideia ligada à função social da propriedade, nem lá se contém uma cláusula geral, embora vaga, donde pudesse derivar uma limitação*”.³⁹

Haverá, então, que analisar a questão, e, no caso concreto do arrendamento, perceber até que ponto os interesses do senhorio/proprietário deverão ceder face os interesses do arrendatário. O mesmo será questionar se a proclamada função social

³⁷ A Constituição boliviana preceitua no artigo 397/ I: “As propriedades devem cumprir a função social ou uma função económica e social de salvaguarda dos direitos, de acordo com a natureza da propriedade” (“Las propiedades deberán cumplir con la función social o con la función económica social para salvaguardar su derecho, de acuerdo a la naturaleza de la propiedad”).

³⁸ Por sua vez, na Constituição brasileira de 1988, vários artigos referem o conceito de função social do direito de propriedade. Por exemplo, o artigo 5º, inciso XXIII refere que “(...) a propriedade atenderá sua função social”; e no nº 2 do artigo 182º pode ler-se: “a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.”

Já o artigo 186º estatui que: “A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I – aproveitamento racional e adequado; II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.”

Note-se que, na Constituição brasileira, a função social da propriedade é mais acentuada no âmbito da propriedade rural, como forma de incentivar a produtividade e rentabilidade das grandes extensões de terra.

³⁹ PINTO, Mota Carlos Alberto, Teoria Geral do Direito Civil, 3ª edição atualizada, Coimbra Editora, 1999, pag. 140.

deverá tão só e apenas limitar o direito de propriedade em benefício do direito de acesso à habitação?

2) A TAREFA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DE MEDIAÇÃO

Quando os interesses dos proprietários e dos inquilinos entram em colisão, chegam frequentemente a tribunal processos relativos à propriedade e ao direito a habitar determinado espaço. Nas decisões tomadas o Tribunal tem que atender a determinados princípios capazes de contrabalançar os pratos da balança visando o seu equilíbrio. Esses princípios são: *a dignidade da pessoa humana, a reserva do possível, a função social do direito de propriedade, o princípio da proporcionalidade e o princípio da solidariedade*, entre outros.

Neste contexto, adquire especial relevância a tarefa de mediação que recai não só sobre o legislador, mas também sobre o juiz.

2.1) A TAREFA DE MEDIAÇÃO DO LEGISLADOR

Konrad Hesse defende que a atividade legislativa permite uma melhor articulação entre os direitos fundamentais e o direito privado. Através dessa mediação espera-se que o legislador consiga, desde o primeiro momento, “impregnar” o direito privado do espírito dos direitos fundamentais.

Para o autor, ao legislador *“corresponde constitucionalmente a tarefa de transformar o conteúdo dos direitos fundamentais, de modo diferenciado e concreto, em direito imediatamente vinculante para os participantes de uma relação jurídico-privada. A ele compete cuidar das múltiplas modificações que a influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado acarreta.”*⁴⁰

Ao legislar em harmonia com os direitos fundamentais, o legislador conseguirá atribuir maior clareza, certeza e segurança jurídica às normas privadas, que já nascerão, desta forma, em respeito aos direitos fundamentais.

Neste sentido, defende Alexy, que para além do que se mostra constitucionalmente necessário (o ordenado pela Constituição) ou impossível (o proibido pela Constituição), existe ainda o que se confia à discricionariedade do legislador, ou seja, o que não está ordenado nem proibido pela constituição.

Cristina Queiroz⁴¹, estabelece um esquema que passo a reproduzir:

- 1) a Constituição deve ordenar e proibir algumas coisas, isto é, estabelecer “um quadro”;
- 2) confiar outras coisas à discricionariedade dos poderes públicos, isto é, deixar abertas “margens de ação”;
- 3) mediante “mandatos” e “proibições” deve decidir “questões fundamentais” para a sociedade que devam ser determinadas pela Constituição.

⁴⁰ HESSE, Konrad, *Derechos constitucionales y derecho privado*, Madrid, Civitas, 1995, p. 63-64.

⁴¹ QUEIROZ, Cristina, *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais*, Coimbra editora, 2006, p. 14.

Desta forma, avaliza-se a atuação do legislador enquanto mediador de direitos fundamentais.⁴²

Assim, a questão da interpretação jurídica, e em especial a da interpretação constitucional e dos Direitos fundamentais, mostra-se de suma importância face à mediação legislativa.

Gomes Canotilho, por sua vez, refere-se à Constituição enquanto “sistema aberto de regras e princípios”, dada a sua “*estrutura dialógica, traduzida na disponibilidade e ‘capacidade’ de aprendizagem das normas constitucionais para captar a mudança da realidade*”, e assim se mostrar “*abertas às conceções cambiantes da ‘verdade’ e da ‘justiça’*”⁴³

Porém, tal não significa, que os direitos fundamentais se esvaziem de valor face às normas de direito privado. Nesse sentido afirma Vieira de Andrade: “*...a Constituição por vale por si, prevalece e vincula positivamente o legislador, de modo que uma lei só terá valor jurídico se estiver conforme com a norma constitucional que consagra um direito*”⁴⁴

Em suma, para Gomes Canotilho, o texto constitucional não se encontra finalizado, antes se manifesta em constante construção, fruto da interação com a realidade (que se altera diariamente).

Neste processo de construção, a tópica assume a função de veículo de transmissão entre a realidade (problemas, conflitos) e a norma, de modo a obter a solução para o caso.

Também neste sentido escreve Konrad Hesse: “se a Constituição, como mostrado, não contém um sistema concluído e uniforme, lógico, axiomático ou hierárquico de valores – e a interpretação de suas normas não só pode estar na

⁴² Para maior desenvolvimento, Alexy, Robert, *Epílogo a la teoria de los derechos fundamentales*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propriedade, Mercantiles y Bienes muebles de Espana, 2006.

⁴³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional*, 7ª edição, 1993,: Almedina, pag. 165

⁴⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, 3ª edição, Almedina, 2006

assimilação de algo determinado, então ela requer um procedimento de concretização que corresponda a este tipo: no avanço ‘tópico’ guiado e limitado, normativamente, isto é, porém vinculado normativamente, devem ser achados e demonstrados pontos de vista dirigentes que, no caminho da inventio são buscados, no pró e contra da conformidade com a opinião empregados, e fundamenta a decisão tão evidente e convincentemente quanto possível (topoi).”⁴⁵

Ora, a criação legislativa deverá ser influenciada pela Constituição (ainda que em alguns casos numa versão atualista da mesma) a fim de servir a justiça.

Porém, tal não significa que os direitos fundamentais se esvaziem de valor face às normas de direito privado. Tanto que, Vieira de Andrade afirma: “... *a Constituição vale por si, prevalece e vincula positivamente o legislador, de modo que uma lei só terá valor jurídico se estiver conforme com a norma constitucional que consagra um direito.*”⁴⁶

O ideal seria que a modulação legislativa conseguisse projetar os direitos fundamentais nas normas de direito privado. No entanto, sempre haverá situações concretas que escapam ao âmbito geral da norma, obrigando o aplicador da lei (o juiz, principalmente) a igual tarefa de mediação.

⁴⁵ HESSE, Konrad, *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, Fabris, 1998, pag. 64

⁴⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os Direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, Almedina, 5ª edição, 2012, p. 194.

2.2) A TAREFA DE MEDIAÇÃO DO JUIZ

Face ao ritmo frenético que sofre uma sociedade em permanente mudança, como a dos nossos dias, a atividade legislativa tem vindo a adotar “cláusulas gerais” cujo conteúdo aberto possibilita ao aplicador do direito uma interpretação mais alargada capaz de alcançar o fim último de justiça social.

Os direitos fundamentais deverão ser encarados como “princípios objetivos”, orientadores, capazes de influenciar a interpretação dos preceitos jurídico-privados pelo juiz, sendo que em situações muito especiais poderiam até justificar decisões contra o texto da lei.

Do juiz exige-se, pois, que tenha “em conta na sua interpretação a influência jusfundamental nas normas de direito privado”.⁴⁷

Ora, através da mediação, os tribunais poderão corrigir ineficiências que o legislador privado não conseguiu resolver.

Cristina Queiroz escreve: “ *A “positivação do direito”, operada primeiramente com os códigos,e, depois, com a promulgação das constituições escritas, não garante por si só a “democratização da política”. Esta implica uma maior “proteção jurídica” do indivíduo e dos seus “direitos constitucionais” (...) Esta “Gemeinwohlfudikatur”, como lhe chama Häberle, assenta na constitucionalização de determinados “índices de bem comum”, como sejam a “proporcionalidade”, a “não-arbitrariedade”, a “proibição do excesso” e a “fundamentação” das decisões, nelas incluídas as decisões dos tribunais. Nela está compreendida a ideia de fazer “avançar”, de “aperfeiçoar”, de “desenvolver” o direito, em ordem a ofertar uma maior proteção jurídica dos direitos e liberdades fundamentais. Daí o duplo significado de jurisprudência: a) como conjunto das decisões dos tribunais, e b) como “doutrina” ou “teoria jurídica”.*

47 ALEXY, Robert, *Teoria de los derechos fundamentales*, Madrid, Civita, 1993. p. 512.

*Neste sentido, afirma Luhmann, a função dos tribunais é a de “desparadoxizar” o sistema jurídico. Na verdade, a “interpretação judicial” e o “poder judicial” exercem uma importante função de “moderação” e de “legitimação das decisões tomadas pelo corpo legislativo.”*⁴⁸

O único problema que se poderá levantar com esta questão será a da atividade dos tribunais, na sua função jurisdicional, através da interpretação extensiva, aplicarem a lei de forma contrária à real vontade do legislador.

Por esta razão, alguns autores entendem que seria melhor que nos ficassemos pela modulação legislativa (mediação do legislador), que apresenta uma maior certeza e segurança jurídicas.⁴⁹

Não obstante, defende Gomes Canotilho, que o princípio da correção ou conformidade funcional dá resposta a esta questão, já que a interpretação da Constituição não pode ser feita de modo a subverter, alterar, ou mesmo perturbar o esquema de organização e repartição das funções/ competências entre os poderes constituídos. Neste sentido, o órgão judiciário deverá abster-se de invadir o campo de atuação do poder legislativo, limitando-se a aplicar a lei, ainda que procedendo a uma interpretação legítima da lei e da Constituição.

Sob este ponto de vista, perfilha-se a opinião de Cristina Queiroz quando refere que *“esse efeito de moderação, todavia não representa nenhuma distorção da vontade popular ou da democracia”*. E acrescenta, seria *“incorreto afirmar que entre o legislador e o juiz não intercede nenhuma relação de “cooperação e de “diálogo” recíprocos”*.⁵⁰

A aplicação da lei exige acima de tudo ponderação, moderação e bom senso.

⁴⁸ QUEIROZ, Cristina, *Direitos Fundamentais – Teoria Geral*, 2ª edição, Coimbra Editora, 2010, p. 398.

⁴⁹ Neste sentido, Cruz, Rafael Naranjo de la, *Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 190: *“Dejar en manos de los jueces la difícil tarea de ponderar y resolver las situaciones de conflicto entre derechos fundamentales resultaría, pues, a juicio de este sector doctrinal, difícilmente compatible con el deber del Derecho privado de satisfacer las exigencias del Estado de Derecho, al faltar en este caso la seguridad jurídica necesaria, que tan importante resulta para el desenvolvimiento del tráfico jurídico”*.

⁵⁰ QUEIROZ, Cristina, *ob. cit.*, 2010, p. 398/399.

Assim, no que concerne ao direito à habitação, exige-se uma apurada, moderada e ponderada interpretação, face ao qual se exige também uma mediação suficientemente densa por parte do legislador, e, na ausência deste, por parte do juiz. Estão aqui em causa matérias que contendem com os Direitos Fundamentais da “pessoa humana”, e, consequentemente, o direito a uma *existência condigna*.

Se é certo que num litígio um dos lados terá invariavelmente de ceder, tal certeza exige ao legislador, no seu papel de mediador, e ao Juiz, no de aplicador da Lei, uma especial atenção e cuidado no momento de tomada das decisões, sendo nessa altura que os princípios orientadores assumem um papel imprescindível e incontornável.

3 - PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ORDENATIVOS

São vários os princípios a ter em consideração na interpretação da Constituição e realização dos direitos fundamentais. Ao longo do texto abordámos já alguns deles. E, designadamente, a função social do direito de propriedade. Avancemos agora com a análise de três outros princípios igualmente relevantes: o *princípio da dignidade da pessoa humana*, o *princípio da reserva do possível* e o *princípio da proporcionalidade*.

3.1) DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

A Constituição da República Portuguesa, no seu artigo 1º, reconhece expressamente o princípio da “*dignidade da pessoa humana*”⁵¹, a par da vontade popular. Como uma das “bases” da República⁵². O valor da dignidade humana tem “*desde logo uma dimensão objetiva, pois o que nele vai incluído é, à partida, algo mais que um direito.*”⁵³

Para Maria Lúcia Amaral, o princípio da dignidade da pessoa humana funciona como “*critério último de legitimidade do poder estadual*”⁵⁴. É um princípio constitucional e um direito fundamental.

Contudo, o Tribunal Constitucional tem sido “prudente” e “parcimonioso” quanto à definição, alcance e dimensão de dignidade da pessoa humana.

Esta prudência traduz-se no facto de o Tribunal nas suas decisões, não fixar uma “expressão constitucional”. Privilegia, ao invés, a definição do princípio de acordo com a sua função. Daí as expressões utilizadas: “*valor supremo*”, “*princípio estrutural*”, “*vetor axiológico estrutural da própria Constituição*”⁵⁵.

No acórdão nº 105/91⁵⁶, quanto ao alcance e densidade do princípio da dignidade da pessoa humana, pode ler-se: “*não se nega, decerto, que a ‘dignidade da pessoa humana’ seja um valor axial e nuclear na Constituição portuguesa vigente, e, a esse título, haja de inspirar e fundamentar todo o ordenamento jurídico. Não se trata efetivamente – na afirmação que desse valor se faz logo no art. 1º da Constituição – de uma mera proclamadora retórica, de uma simples ‘fórmula declamatória’, despida de*

⁵¹ “*Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária*” (sublinhado nosso).

⁵² A dignidade da pessoa humana surge, no artigo 1º da Constituição, ao lado da vontade popular, apresentadas como “bases” da República.

⁵³ AMARAL, Maria Lúcia, O princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência constitucional, Jurisprudência Constitucional, nº 13, Janeiro-Março 2007, Coimbra Editora, p. 4.

⁵⁴ Idem.

⁵⁵ Acórdãos nº 349/91, de 3 de julho; nº 16/84, de 15 de dezembro; nº 28/2007 de 17 de janeiro, in www.tribunalconstitucional.pt.

⁵⁶ A propósito da constitucionalidade inerente à norma que permitia que apenas um dos cônjuges requeresse o divórcio sem consentimento do outro e independentemente da sua vontade.

qualquer significado jurídico-normativo; trata-se, sim, de reconhecer esse valor – o valor eminente do homem enquanto ‘pessoa’, como ser autónomo, livre e (socialmente) responsável, na sua ‘unidade existencial de sentido’ – como um verdadeiro princípio regulativo primário da ordem jurídica, fundamento e pressuposto da ‘validade’ das respetivas ‘normas’”.

Embora longa, esta citação reveste-se da máxima importância, uma vez que nela se encontram vertidas todas as razões justificativas do especial cuidado demonstrado pelo Tribunal Constitucional no processamento desse princípio e direito jusfundamental.⁵⁷

Em primeiro lugar, *a natureza aberta da ideia de dignidade* de “mãos dadas” com a história e a cultura não se enquadra numa excessiva conceptualização de conceitos/conteúdos pré-determinados.

Assim, enquanto valor axial, sendo cada caso um caso, a ideia de “dignidade” poderá variar na sua função interpretativa, não sendo definida de forma estática, antes devendo aplicar-se *mutatis mutandis* a cada caso particular.

Em segundo lugar, o conceito vale como verdadeiro princípio operativo de transformação da ordem jurídica portuguesa, o que se reflete, fundamentalmente, em três domínios:

a) na adequação progressiva do direito penal e processual penal à ordem constitucional;

b) na descoberta – justamente a partir da ideia de “dignidade” – dos direitos fundamentais não escritos (sobretudo no que concerne ao direito a um *mínimo de sobrevivência condigna*); e,

c) na delimitação do âmbito de proteção de diferentes direitos.

Os dois últimos domínios encontram-se estritamente relacionados com o tema em estudo, na medida em que:

⁵⁷ Seguindo, novamente, a análise de Maria Lúcia Amaral (*ob. cit.*) aliás, de assaz qualidade e relevância para o tema.

i) o direito à habitação é considerado um direito a prestações por parte do Estado, o qual tem a incumbência de assegurar o acesso à habitação a cidadãos que não consigam sozinhos alcançá-la no mercado (um direito não escrito a um *mínimo capaz de satisfazer a dignidade da pessoa humana*); e,

ii) pelo facto de nalguns casos se sacrificar o direito de propriedade a favor do direito à habitação, ou, então, o inverso, quando existam razões justificativas de despejo, pese embora esse vir lesionar o direito à habitação do inquilino, delimitando-se desta forma o âmbito de protecção daqueles direitos.

A ideia referida de um direito fundamental (não escrito) a um mínimo de sobrevivência condigna, tem sido largamente debatida na jurisprudência.

O Acórdão do Tribunal Constitucional nº 232/91, de 17 de setembro de 1991⁵⁸ foi pioneiro neste âmbito, ao afirmar, pela primeira vez, a existência deste direito não escrito.

A causa reportava-se a uma norma que impunha um aumento automático para os montantes de pensões devidas por acidentes de trabalho, anterior à própria Constituição, e que o recorrente considerava inconstitucional. Esta traduzia-se em encargos de tal forma elevados, impostos às seguradoras, que lesavam o princípio da protecção da confiança.

O Tribunal Constitucional considerou que, embora retrospectiva, a norma fundamentava-se no “relevo” constitucional que, no caso, assumia o interesse público.

Nestes termos: “[o] princípio do Estado de Direito postula a ideia de que as leis sejam instrumento de realização do bem comum, entendido este sempre na perspectiva fundamental do respeito incondicional pela dignidade da pessoa humana. Sendo este o sentido fundamental do princípio do Estado de Direito, logo se vê que uma norma como a que aqui está em causa (...) serve uma das finalidades que a esse princípio se assinalam. Em face de situações tão dramáticas, como eram as de alguns pensionistas, que foram vendo as suas pensões degradar-se, algumas delas até ao ponto de já não representarem quase nada para a sua sobrevivência, impunha-se, de facto, promover a

⁵⁸ In www.tribunalconstitucional.pt.

sua atualização. Não pode, na verdade, esquecer-se que o respeito incondicionado pela dignidade da pessoa humana exige, antes do mais, a garantia de um mínimo de sobrevivência”⁵⁹.

Exemplos da garantia deste mínimo de sobrevivência capaz de assegurar a dignidade da pessoa humana mostraram-se ainda as decisões judiciais que contrariaram a norma do Código de Processo Civil que autorizava a penhora até 1/3 de rendimentos, provenientes de salários e pensões, qualquer que fosse o seu montante.⁶⁰

Nestes casos, o direito que cedia, face ao peso do mínimo de sobrevivência, era o próprio direito dos credores a ser ressarcidos do seu crédito. Situação que foi definitivamente resolvida pela declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, do artigo 824º do Código do Processo Civil, por “(...) *violação do princípio da dignidade da pessoa humana, contido no princípio do Estado de Direito*.”⁶¹

O acórdão é exemplificativo da vertente negativa do “direito à sobrevivência”, i.e., o “direito a não ser privado de um mínimo necessário” (que já existe).

Não obstante, em Acórdão mais recente⁶², o Tribunal Constitucional veio reconhecer a existência de um direito positivo a um mínimo de sobrevivência, com base, uma vez mais, no princípio da dignidade da pessoa humana.

Em causa estava a atribuição do chamado “rendimento social de inserção” ou “rendimento mínimo”, que o Estado atribui a famílias carenciadas com o objetivo de colmatar situações de pobreza de quem não possuía qualquer outro rendimento ou meios de subsistência.

⁵⁹ Ibidem.

⁶⁰ Por exemplo os Acórdãos nº 349/91, in DR, II Série nº 277 de 02/12/1991, pp. 12 270-4; e nº 130/95, in DR II Série, nº 96 de 24/04/1995, pp. 4454. Antes da declaração de inconstitucionalidade, a lei permitia criava um “alçapão” para a penhora de 1/3 de qualquer rendimento, fosse ele igual ou inferior ao salário mínimo nacional. No entanto, tribunais judiciais emitiam decisões, como as supra referidas, no sentido inverso.

⁶¹ Acórdão nº 177/2002, de 02/07/2002, in www.tribunalconstitucional.pt.

⁶² Acórdão nº 509/2002, de 12/02/2003, in www.tribunalconstitucional.pt.

Mas perguntar-se-á: por que criar um “novo” direito, ainda mais com uma carga positiva, quando o artigo 63º da Constituição refere, expressamente, o direito à segurança social e solidariedade? Encontrámos a resposta no Acórdão nº 349/91, de 2 de dezembro de 1991, igualmente do Tribunal Constitucional, que refere: “(...) ainda que não possa ver-se garantido no artigo 63º da Lei Fundamental um direito ao mínimo de sobrevivência, é seguro que este direito há de extrair-se do princípio da dignidade da pessoa humana, contido no artigo 1º da Constituição”. Fica, assim isento de qualquer dúvida, que o disposto no artigo 63º é bem mais restrito que o direito (não escrito) ao mínimo de subsistência condigna, dizendo respeito unicamente a situações de ‘doença, velhice ou outras semelhantes’, não cabendo este último (bem mais amplo) no referido artigo 63º.

Retomando a questão do rendimento social de inserção, a discussão iniciou-se, em 2002, quando o Parlamento decidiu alterar o regime até então vigente, excluindo dele os jovens de idades compreendidas entre os 18 e os 25 anos,⁶³ de forma a incentivar a entrada dos jovens no mercado de trabalho.

Chamado a pronunciar-se, a pedido do Presidente da República, o Tribunal Constitucional declarou a inconstitucionalidade da norma com base na violação de um direito a um mínimo de subsistência condigna.

Esta decisão revelou-se um marco jurisprudencial no que diz respeito ao direito a um mínimo de sobrevivência condigna, reconhecendo-o na sua vertente positiva, uma vertente capaz de exigir uma atuação por parte do Estado.

Nas palavras de Maria Lúcia Amaral, o acórdão deu um “salto qualitativo”⁶⁴. Senão veja-se: “*a jurisprudência do Tribunal Constitucional, no entanto, deduziu do artigo 1º da Lei Fundamental, que garante a dignidade do homem, um direito subjetivo aos meios necessários à existência do indivíduo. O princípio de defesa das condições mínimas de existência pode fundar uma ‘imediata pretensão dos cidadãos’, ‘nos casos de particulares situações sociais de necessidade’. O legislador goza da margem de autonomia necessária para escolher os instrumentos adequados para garantir o direito*

⁶³ Desde que não tivessem menores a cargo, não fossem mulheres grávidas, não fossem casados ou vivendo em união de facto há mais de um ano.

⁶⁴ AMARAL, Maria Lúcia, *ob. cit.*, p.14.

*a um mínimo de existência condigna, podendo modelá-los em função das circunstâncias e dos seus critérios políticos próprios (...) pressuposto é, porém, que as suas escolhas assegurem, com um mínimo de eficácia jurídica, a garantia de um mínimo de existência condigna, para todos os casos.”*⁶⁵

A descoberta de um direito não escrito a um mínimo de subsistência condigna é, assim, uma criação de valor axiológico-funcional que poderá auxiliar o legislador na sua tarefa de mediação.

Certo é que a Constituição incumbe o Estado da realização dos direitos sociais, numa vertente prestacional, como, por exemplo, no caso do direito à habitação.

Todavia, especialmente num momento como o que atravessamos de profunda crise económica e social, haverá de ter em conta diversos fatores. Diz o povo que “*casa onde não há pão, todos ralham e ninguém tem razão*”. E o mesmo se poderá dizer quanto à atual conjuntura sócio-económica que o país atravessa.⁶⁶

A Constituição pode incumbir o Estado de diversas tarefas, mas a mais pura das verdades é que este só poderá realizá-las se os seus cofres tiverem dinheiro suficiente para suportar tais incumbências. Deparamo-nos, assim, com um outro princípio: o da *reserva do possível*.

⁶⁵ Acórdão do Tribunal Constitucional nº 509/2002, de 12/02/2003, in www.tribunalconstitucional.pt.

⁶⁶ Por último, para maior desenvolvimento, ANDRADE, J. C. Vieira de, Comentário ao Acórdão do Tribunal Constitucional 509/02, de 12/02/2003, in: Jurisprudência Constitucional nº 1, Jan./Mar. 2004, Coimbra, pp. 4-29.

3.2) A RESERVA DO POSSÍVEL

O sistema económico, um dos fatores que mais interferência tem na vida das pessoas, da sociedade e do próprio Estado, não tem sido indiferente à teoria da Constituição. Esta, obrigatoriamente, tem-se adaptado ao rumo socioeconómico do país, verificando-se, no momento, uma contaminação dos imperativos financeiros à esfera social dos direitos até então reconhecidos aos cidadãos.

Não que estes direitos fundamentais, em especial os direitos económicos, sociais e culturais, deixem de ser reconhecidos. Não obstante, nesta classe de direitos fundamentais, na sua vertente positiva, o objeto do direito consiste na prestação. Resta saber se o Estado tem meios de realizar esses direitos conforme estatui a Constituição.⁶⁷ O direito à habitação é um deles.

E aqui, não nos podemos esquecer que a “máquina estadual” envolve custos muito elevados. Ora, num período de austeridade como o que enfrentamos, estes tendem a ser reduzidos ao máximo.

Assim, na medida em que a efetivação dos direitos fundamentais implica a realização de despesas por parte do Estado, há que ter em consideração a amplitude dos custos que o reconhecimento/realização de um determinado direito implica.

Cass Sunstein e Stephen Holmes debruçaram-se sobre o tema.⁶⁸ Na sua obra “*The Cost of Rights*”, evidenciam o fator económico intrinsecamente relacionado com a realização dos direitos fundamentais, o custo que estes direitos implicam na despesa pública, que largas vezes vai muito para além dos recursos disponíveis.

⁶⁷ Sobre o tema, NOVAIS, Jorge Reis, “*O Tribunal Constitucional e os Direitos Sociais – O direito à segurança social*”, in *Jurisprudência Constitucional*, nº 6, Abril-Junho 2005, pp. 3/14.

Nesta exposição o autor aborda exatamente a questão da reserva do possível, como limite à concretização dos direitos, especialmente numa época de crise do “*Estado Social e, no caso português, as grandes dificuldades financeiras dos últimos anos*” que “*recolocam o tema dos direitos sociais na ordem do dia, não apenas como questão política, mas, para o que aqui nos interessa, como problema da sua natureza e da sua relevância...*”, (p. 3)

⁶⁸ HOLMES, S.; SUNSTEIN, C. *The Cost of Rights. Why Liberty Depends on Taxes*. New York: W.W. Norton & Company, 1999.

No mesmo sentido, escreveu Gomes Canotilho: “*quais são, no fundo, os argumentos para reduzir os direitos sociais a uma garantia constitucional platónica? Em primeiro lugar, os custos dos direitos sociais. Os direitos de liberdade não custam, em geral, muito dinheiro, podendo ser garantidos a todos os cidadãos sem se sobrecarregarem os cofres públicos. Os direitos sociais, pelo contrário, pressupõem grandes disponibilidades financeiras por parte do Estado. Por isso, rapidamente se aderiu à construção dogmática da reserva do possível (“Vorbehalt des Möglichen”) para traduzir a ideia de que os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos. Um direito social sob “reserva dos cofres cheios” equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica*”.⁶⁹

Por sua vez, Vieira de Andrade afirma que os direitos sociais, ao determinarem prestações materiais como a habitação, a saúde e a educação, “*dependem, na sua atualização, de determinadas condições de facto. Para que o Estado possa satisfazer as prestações a que os cidadãos têm direito, é preciso que existam recursos materiais suficientes e é preciso que o Estado possa dispor desses recursos*.”⁷⁰

De uma ou outra forma, os vários autores manifestam-se no sentido de que a realidade económica influencia a efetivação dos direitos fundamentais sociais, atribuindo-se um lugar de destaque ao princípio da *reserva do possível*.

Mas qual será, afinal, a definição do conceito de reserva do possível?

Poderemos encarar a reserva do possível como uma determinada condição real que implica a submissão dos direitos fundamentais prestacionais aos recursos existentes.⁷¹ Melhor dizendo, o que poderá o cidadão exigir do Estado? Poderá exigir o mesmo, atravessando o país uma situação económica estável ou de crise?

⁶⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., 12ª reimpressão, Almedina, 2003, p. 481.

⁷⁰ ANDRADE, J. C. Vieira de, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5ª ed., Almedina, 2012, p. 179.

⁷¹ Sobre este tema será interessante analisar a tese de mestrado de Olsen, Ana Carolina Lopes, *A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível*, Curitiba, 2006.

Concretizando, o indivíduo não pode exigir do Estado e da sociedade a realização do direito fundamental fora dos padrões do razoável, adequado, necessário e estritamente proporcional.

Por outro lado, o Estado também não pode defraudar as expectativas do indivíduo quanto à realização de determinado direito se estas se inserirem naquilo que este razoavelmente pode esperar da sociedade, de acordo com os recursos que o Estado possua.⁷²

Consta que a primeira aplicação do princípio da reserva do possível ocorreu numa decisão proferida pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, em 1972, no âmbito do famoso caso *numerus clausus*.⁷³

Entendeu o Tribunal Constitucional Federal que se o Estado se esforçou, dentro do conceito de razoabilidade exigido, para tornar o acesso ao ensino superior público acessível a todos, não pode o cidadão exigir mais do Estado do que aquilo que poderia exigir da sociedade, obrigando o Estado a abandonar outros programas sociais.

No presente caso não estava em causa a escassez absoluta de recursos, antes a razoabilidade com que a alocação de recursos devia ser efetuada.

Pelo exposto, é entendimento aceite que a reserva do possível poderá justificar a não realização de determinados direitos prestacionais, ou a sua parcial efetivação, por parte do Estado, consoante os meios disponíveis e o custo dos direitos. Todavia, tal

⁷² À partida um país desenvolvido, com uma situação económica estável, poderá proporcionar aos seus cidadãos melhores condições, podendo, consequentemente, afetar mais recursos à realização de direitos fundamentais sociais, do que um país em vias de desenvolvimento ou que esteja a atravessar uma grave crise económica.

⁷³ Discutia-se o acesso ao curso de medicina e a constitucionalidade de certas regras legais estaduais, (Länder) que restringiam esse acesso ao ensino superior (*numerus clausus*), à luz da liberdade de escolha da profissão, contemplada pela Lei Fundamental. O Tribunal acabou por decidir que a prestação exigida ao Estado devia corresponder ao que o indivíduo podia razoavelmente exigir da sociedade e entendeu que não seria razoável impor ao Estado a obrigação de acesso a todos os que pretendessem frequentar o curso de medicina. A reserva do possível, nesse caso, relacionou-se com exigência de prestações dentro do limite da razoabilidade e não da escassez de recursos.

premissa, não deverá ser usada sem que uma análise precisa, objetiva e imparcial, seja efetuada, sob pena de violação das obrigações estaduais em relação ao direito em causa.

Nas palavras de Reis Novais: *“quando um indivíduo opõe um direito fundamental ao Estado está a opor-lhe uma garantia forte, um trunfo, que o Estado só pode bater com uma justificação suficientemente poderosa, de realização quase compulsiva. Aí reside, precisamente, a força da garantia jusfundamental. O direito fundamental só cede se o Estado for capaz de encontrar uma justificação de peso intrínseco indiscutível; a simples vontade da maioria democrática não é suficiente para justificar a restrição”*⁷⁴

O que nos conduz à análise do *princípio da proporcionalidade*.

⁷⁴ NOVAIS, Jorge Reis, *Os direitos fundamentais nas relações jurídicas*, In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Org.). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*, Lumen Juris, 2007, p. 371

3.3) O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O número 2 do artigo 18º da Constituição estabelece que *“a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”*.

O princípio da proporcionalidade “latu sensu” é composto pelos sub-princípios da necessidade, adequação e proibição de excesso, no caso dos direitos, liberdades e garantias, “proibição da proteção insuficiente”, no caso dos direitos económicos, sociais e culturais, ou proporcionalidade em sentido estrito.

Assim, as restrições a direitos, liberdades e garantias, ou direitos fundamentais de natureza análoga (*ex vi* do artigo 17º da Constituição), só poderão ocorrer quando preenchidos os requisitos do princípio da proporcionalidade, reconhecidos no disposto nos artigos 2º e 18, nº 2 da Constituição.

Acontece que o princípio alcança maior magnitude, pelo menos do ponto de vista prático, quando as restrições atingem direitos sociais de “natureza análoga”. Isto porque quando existe um direito a prestações a respetiva restrição conflituará, à partida, com a efetividade da “prestação”.

Simplificando, a efetivação dos direitos sociais implica um direito a prestações por parte do Estado, que deverá ser quantificado, traduzindo-se num gasto para o erário público, caso seja financiado por via orçamental. É este o custo dos direitos.

Deste modo, à partida, a restrição de um direito social irá provocar a diminuição ou supressão destas prestações, o que se faz notar com maior evidência numa sociedade desenvolvida e com pendor materialista como a nossa, dado que os cidadãos têm direito a uma maior proteção por parte do Estado, nomeadamente quanto à existência de um maior número de direitos fundamentais sociais e respetiva quantificação da “prestação” a cargo do Estado.

Atendendo a estes pressupostos, e ao valor e quantificação atribuídos aos direitos (que mereceram garantia constitucional), o Estado deve procurar conciliar as diferentes posições, socorrendo-se do princípio da proporcionalidade.

Nestes termos, e parafraseando Ana Carolina Olsen: “(...) *uma determinada ação estatal deve ser adequada ao fim normativamente estabelecido (adequação), dentre as diversas possíveis, deve ser a que melhor alcança esta finalidade, ou seja, a que mais satisfaz (em sentido positivo) os direitos fundamentais envolvidos, causando os menores danos (em sentido negativo) aos direitos fundamentais de outros (necessidade), e a importância da satisfação da prestação deve ser de tal monta que justifique a intervenção em direitos fundamentais de outros (proporcionalidade em sentido estrito)*”⁷⁵.

Proporcionalidade, portanto, no sentido de proibição do excesso e de proibição de não-suficiência.

Esta segunda dimensão assume um papel especialmente relevante aquando da análise da proporcionalidade das restrições impostas pelo Estado aos direitos fundamentais.

Os princípios da *dignidade da pessoa humana*, da reserva do possível e da proporcionalidade são vetoriais a todo o Direito e vinculam o Estado na sua atuação. O mesmo ocorre com o *princípio da solidariedade*.

⁷⁵ Olsen, Ana Carolina Lopes, A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível, cit., p. 80.

3.4) O “PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE”

O princípio da solidariedade é particularmente chamado a resolver casos de colisão de direitos, no caso, entre o direito de propriedade e o direito à habitação, privilegiando, de certa forma, os titulares do direito de acesso à habitação, à luz de um suposto dever social que recai sobre a propriedade privada e, consequentemente, sobre o respetivo proprietário.

Neste sentido, J. Miranda e José de Melo Alexandrino⁷⁶, chegam à conclusão de que as exigências do direito à habitação têm recaído na maior parte dos casos “*não sobre o Estado, mas sim sobre particulares, vinculados não só a uma hipoteca social da propriedade como a um dever de solidariedade*”.⁷⁷

Esta associação do direito à habitação ao princípio da solidariedade restringe, como não poderia deixar de ser, um outro direito fundamental: o *direito da propriedade privada*.

Como sublinha o Tribunal Constitucional: “*o direito à habitação, como um direito social que é, quer seja entendido como um direito a uma prestação não vinculada, recondutível a uma mera pretensão jurídica (...) ou, antes, como um autêntico direito subjetivo inerente ao espaço existencial do cidadão (...), não confere a este um direito imediato a uma prestação efetiva, já que não é diretamente aplicável, nem exequível por si mesmo. O direito à habitação tem, assim, o Estado – e, igualmente as regiões autónomas e os municípios como único sujeito passivo – e nunca, ao menos em princípio, os proprietários de habitações ou os senhorios*”⁷⁸.

⁷⁶ In Grandes Decisões do Tribunal Constitucional Português – Jurisprudência Constitucional, nº 14 abril/junho 2007.

⁷⁷ A propósito destas questões pronunciaram-se, *inter alia*, os acórdãos do Tribunal Constitucional nº 151/92, de 8 de abril; nº 4/96, de 16 de janeiro; nº 486/97, de 2 de julho; nº 570/2001, de 12 de dezembro e nº 723/2004, de 21 de dezembro, in www.tribunalconstitucional.pt.

⁷⁸ Acórdão nº 130/92, de 1 de abril, in www.tribunalconstitucional.pt.

E apesar da nossa vivência social implicar uma consciência social e determinados deveres de solidariedade para com os próximos, numa quase consciência cristã ocidentalizada, herdada dos ensinamentos de ajuda ao próximo, o peso que tem recaído sobre este dever/princípio de solidariedade, atribuído ao particular, afigura-se-me algo desproporcional quando comparado com a real atuação do Estado nestes domínios.

Já de si o elo mais forte, o Estado, é ainda escudado por determinados princípios que lhe permitem a não realização dos direitos prestacionais por impossibilidade de meios disponíveis (a *reserva do possível*), os quais não poderão ser alegados pelo particular, ainda que se encontre numa efetiva situação de injustiça social.

Hipoteticamente, face a um aumento da necessidade de casas para habitação, à luz da Constituição, caberia ao Estado promover o acesso à mesma, através, designadamente, da construção de blocos habitacionais sociais.

Porém, não possuindo meios suficientes para custear tal tarefa, o Estado sempre poderá invocar, a nosso ver, o princípio da *reserva do possível*.

Já um particular, proprietário de imóveis arrendados por valores muito baixos, em consequência do congelamento das rendas imposto pelo Estado, a inquilinos com mais de 65 anos, encontrará inúmeros obstáculos à atualização efetiva das referidas rendas, não obstante ele próprio atravessar graves dificuldades económicas.

Ou seja, o proprietário, com carência económica, que poderia retirar do arrendamento dos imóveis, sua propriedade, o suficiente a um nível de vida condigno, nada pode alegar em sua defesa⁷⁹, em clara oposição às incumbências do Estado, principal sujeito passivo dos direitos a prestações.

E por que o direito à habitação contende de forma indissociável com o princípio da dignidade da pessoa humana, tem recaído sobre ele uma maior proteção, em detrimento do direito de propriedade, encarado, tantas vezes, como um recurso ao qual se poderá lançar mão para realização do direito à habitação de terceiros.

79 O NRAU, com as alterações introduzidas pela Lei 31/2012, de 14 de agosto, veio alterar algumas destas situações, mas não com a intensidade desejada por alguns proprietários.

Numa tentativa de alterar este paradigma, o Novo Regime de Arrendamento Urbano⁸⁰, propõe algumas alterações, ao que até então tem sucedido no âmbito do arrendamento urbano português, a saber: uma maior proteção do direito do proprietário, não esquecendo, porém, o princípio da dignidade humana e o direito à habitação do arrendatário.

⁸⁰ A Lei 31/2012, de 14 de agosto, que introduziu profundas alterações no Novo Regime do Arrendamento Urbano (Lei 6/2006, de 27 de fevereiro), Código Civil e Código de Processo Civil, foi desde o início bastante polémica. Iniciada pela proposta de lei 38/XII, avançada pelo XIX Governo Constitucional, e aprovada por maioria parlamentar, levantou contra si diversas vozes opositoras às alterações propostas, tendo, inclusive, sido levantada a possibilidade de um pedido de fiscalização sucessiva de constitucionalidade por a considerar violadora do direito à habitação e, deste modo, figurativa de um retrocesso social no que diz respeito aos direitos dos inquilinos.

CAPÍTULO IV

O NOVO REGIME DO ARRENDAMENTO URBANO: ARGUMENTOS A FAVOR E CONTRA.

1) AS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS PELA LEI 31/2012, DE 14 DE AGOSTO

Com o decorrer do tempo e o agravamento de situações de desequilíbrio entre arrendatários e inquilinos, muitos defendem a aplicação de soluções mais equilibradas, o que motivou as consequentes reformas do regime do arrendamento urbano.

Os últimos desenvolvimentos vão ao encontro de uma renovada vontade de mudança. Fruto do acordo entre o XIX Governo Constitucional Português e a “Troika”, foi já aprovada uma nova lei das rendas – a já referida Lei 31/2012, de 14 de agosto - que com base na proposta de lei nº 38/XII, alterou a Lei 6/2006, de 27 de fevereiro (Novo Regime do Arrendamento Urbano), o Código Civil e o Código de Processo Civil.

Considero, assim, interessante e oportuno analisar as principais alterações que a nova Lei se propõe efetuar no âmbito do arrendamento urbano.

Cumprе esclarecer que o que se pretende com a nova reforma é criar as condições necessárias para que o mercado de arrendamento funcione sem entraves.

No domínio do arrendamento urbano convivem contratos novos, onde a autonomia privada tem já alguma força, e contratos antigos, os chamados “contratos para a vida”, aos quais os senhorios estão/estavam verdadeiramente “amarrados” até que o inquilino entendesse pôr-lhes um termo. Na verdade, o maior problema que o regime de arrendamento português apresentava era a manutenção do regime legal de muitos arrendamentos anteriores a 1990. Nestes casos, dos “contratos para a vida”, os senhorios recebiam/recebem rendas de tal forma reduzidas que se desinteressavam pela manutenção dos imóveis, ou não tinham/têm recursos para a promover. Como consequência assistimos, a nível privado, a uma flagrante injustiça social – inquilinos que beneficiam de rendas sem qualquer correspondência com os valores de mercado e

outros a viver em condições miseráveis. A nível público assistimos a uma acentuada degradação do património edificado e à consequente depreciação dos centros urbanos com o respetivo reflexo negativo quer no ambiente quer no turismo.

A nova lei traz-nos novas regras para os novos contratos (ainda mais liberais) e principalmente soluções para regular os contratos antigos numa tentativa de equilibrar os pratos da balança.

Enunciemos, pois, as principais alterações da nova lei face ao regime até então vigente, (o Novo Regime do Arrendamento Urbano, de ora em diante designado por NRAU).

1.1) Quanto à atualização de rendas:

O anterior regime previa que os contratos anteriores a 1990 celebrados por duração indeterminada (os chamados “contratos para a vida”) não podiam cessar por livre vontade do senhorio. A atualização das rendas só poderia ser feita se o imóvel tivesse sofrido uma avaliação fiscal há menos de três anos e estivesse em estado médio de conservação (de acordo com uma vistoria promovida pela Câmara Municipal do local onde este se situe). A atualização, cumpridos estes requisitos, será feita de forma faseada em 2, 5 ou 10 anos, até ao valor de 4% do imóvel.

De acordo com o novo regime, alteram-se os mecanismos de atualização de rendas:

- para os contratos anteriores a 1990 (que representam, segundo dados do Census 2011, 33% do total de contratos, sendo que destes 40% dos casos, com rendas inferiores a 50,00€) a atualização das rendas poderá ser feita através de um novo mecanismo de negociação *inter partes*.

A negociação inicia-se por uma proposta de novo montante da renda por parte do senhorio, acompanhada de cópia da caderneta predial e do valor do locado (artigo 30º do NRAU, com a redação dada pela Lei 31/2012, de 14 de agosto).

Assim:

- Se o arrendatário aceitar o valor proposto, atualiza-se a renda;
- Se não aceitar poderá haver contraproposta do arrendatário. Neste caso, se o senhorio aceitar o valor contraproposto, atualiza-se a renda por esse montante;
- Não sendo o valor contraproposto aceite pelo senhorio, a lei atribui-lhe a faculdade de denunciar o contrato, indemnizando o arrendatário num valor referente à média dos dois valores propostos, multiplicado por 60 (o correspondente a 5 anos de renda). Neste caso, o arrendatário dispõe então de 7 a 13 meses para abandonar o locado (existindo crianças ou estudantes no agregado familiar do arrendatário), não havendo lugar a atualização de renda nesse período (artigos 31º, 32º, 33º e 34º do NRAU);
- Se o senhorio não possuir recursos para denunciar o contrato de arrendamento e indemnizar o arrendatário (*alínea a* do nº 5 do artigo 33º do NRAU), poderá sempre atualizar a renda de acordo com os critérios do artigo 35º e *alínea b* do referido artigo 33º.

Ora, neste processo de negociação o legislador entendeu por bem salvaguardar os casos em que exista carência económica do agregado ou o arrendatário seja maior de 65 anos ou possua deficiência com grau de incapacidade superior a 60%.

Deste modo, na primeira situação (carência económica), o arrendatário na resposta à proposta de atualização da renda do senhorio, deve alegar a carência económica, juntando comprovativo emitido pelo Serviço de Finanças do qual conste o RABC (rendimento anual bruto corrigido) do agregado, conforme as disposições conjuntas da *alínea a* do nº 4 do artigo 31º e artigo 32º do NRAU.

Existindo carência económica o contrato só fica submetido ao NRAU por acordo das partes ou, na falta de acordo, no prazo de 5 anos, período transitório no qual a atualização da renda será limitada a 25%, 17% ou 10% do rendimento do agregado, com um teto máximo de 1/15 do valor da habitação, mediante rendimento igual ou superior a 1.500,00€, inferior a 1.500,00€ ou inferior a 500,00€, respetivamente (artigo 35º do NRAU).

Terminado esse período transitório o senhorio poderá promover a transição do contrato para o NRAU, não podendo o arrendatário, neste segundo momento, invocar o

seu rendimento como defesa. Na falta de acordo o contrato considera-se celebrado por um prazo certo de dois anos com uma renda anual correspondente a um valor máximo de 1/15 do valor do locado.

Nos casos em que o arrendatário tenha idade igual ou superior a 65 anos ou deficiência com grau de incapacidade superior a 60% o contrato nunca poderá transitar para o NRAU, a não ser que haja acordo das partes.

Relativamente à atualização do valor da renda, se o arrendatário também invocar, na resposta dirigida ao senhorio, carência económica aplicam-se as regras acima referidas. (artigo 36º do NRAU).

De notar que neste novo procedimento de negociação *inter partes* é importante que haja resposta à proposta e/ou contraproposta, uma vez que a ausência da mesma equivale à aceitação do proposto (nº 6 do artigo 31º, nº 3 do artigo 33º e nº 7, *contrario sensu*, do artigo 37º do NRAU).

Se o senhorio não dispuser de capacidade financeira para indemnizar o arrendatário – o que poderá ser uma situação frequente – a renda poderá ser atualizada através do mecanismo do valor patrimonial do imóvel.

Acresce que, em qualquer dos casos, verificando-se a atualização da renda, o contrato passa a vigorar com prazo certo de 5 anos, salvo acordo quanto a outro tipo e/ou duração.

Quanto aos contratos celebrados na vigência do Regime do Arrendamento Urbano (RAU) e do Novo Regime do Arrendamento Urbano (NRAU) existirá possibilidade de livre denúncia pelo senhorio dos contratos celebrados com duração indeterminada, nos mesmos termos aplicáveis aos novos contratos, por mera comunicação com prazo mínimo de dois anos.

Excecionam-se os casos de arrendatários com idade igual ou superior a 65 anos ou com grau de deficiência comprovada superior a 60%.

1.2) Quanto à transmissão por morte:

Nos contratos habitacionais celebrados antes da vigência do Regime do Arrendamento Urbano há transmissão do arrendamento por morte do arrendatário para qualquer ascendente e descendentes que com ele coabitassem.

O novo regime pretende limitar a transmissão por morte para ascendentes em 1º grau, eliminar a possibilidade de transmissões sucessivas e impedir a transmissão para pessoa com outra casa, própria ou arrendada, no mesmo concelho. O novo regime inovou no sentido de não permitir que o titular do direito de transmissão viesse a beneficiar da transmissão do arrendamento nos casos em que possuísse habitação na mesma área do locado (nº 3 do artigo 57º do NRAU e nº 4 do artigo 1106º do CC).

Havendo transmissão para ascendente que viva com o arrendatário, e tenha idade inferior a 65 anos, ou para descendente quando este fizer 18 anos ou, estando ainda a estudar, 26 anos, deverá celebrar-se novo contrato, regido pelo novo regime, com prazo de dois anos, salvaguardando-se assim as legítimas expectativas do arrendatário e de quem com ele habite.

1.3) Quanto ao regime processual do despejo:

De forma a dinamizar o arrendamento urbano e colocar mais casas no mercado de arrendamento, a preços mais acessíveis, a nova Lei reforçou os mecanismos que permitem aos senhorios reagir, de forma mais célere e eficaz, ao incumprimento contratual por parte os arrendatários. Pretende-se, assim, regenerar o regime de arrendamento e torna-lo uma opção segura para o senhorio.

Uma das formas de o conseguir será através da agilização do despejo, recuperando a confiança dos senhorios nesse instituto, esmorecida por situações de arrendamentos insustentáveis e infundáveis.

Até ao presente, o processo de despejo tinha que correr junto do tribunal, intentando-se a competente ação para entrega de coisa certa, possível com a aprovação da Lei nº 6/2006, de 27 de fevereiro (NRAU). Mas mesmo detendo-se um título

executivo, o tempo médio de espera para conseguir o efeito prático de desocupação do locado ronda os 16 meses.

Para solucionar este problema, a nova Lei criou, a par da cessação do contrato pela via judicial (artigo 14º), um novo procedimento extrajudicial, que, de acordo com as expectativas, permitirá a desocupação do locado num prazo médio de três a quatro meses – o chamado mecanismo especial de despejo (artigo 15º).

Assim, o senhorio deverá recorrer à clássica ação declarativa de despejo nos casos em que ela se apresente como única via de cessação do contrato de arrendamento, como, por exemplo, quando essa cessação se funde na violação reiterada e grave das regras de higiene, sossego, boa vizinhança (alínea a do nº 2 do artigo 1083º do CC), na utilização do prédio contrária à lei, aos bons costumes ou à ordem pública (*alínea b*), uso do prédio para fim diverso daquele a que se destina (*alínea c*), não uso do locado por mais de um ano (*alínea d*), no caso de sublocação não autorizada pelo senhorio (*alínea e*), entre outros. Em suma, naqueles casos que exijam uma apreciação judicial mais densa do alegado pelas partes.

Nos demais casos o procedimento especial de despejo apresenta-se ao senhorio como uma solução mais célere, sendo que este poderá escolher entre uma ou outra opção, constituindo as mesmas meios alternativos para a resolução do mesmo problema.

As razões que justificam a utilização do referido mecanismo, previstas no artigo 15º do NRAU, com a redação dada pela Lei 31/2012, de 14 de agosto, são as seguintes:

- Cessação do contrato por revogação (*alínea a*);
- Caducidade do contrato de arrendamento pelo decurso do prazo (*alínea b*);
- Cessação do contrato por oposição à renovação (*alínea c*);
- Cessação do contrato por denúncia livre do senhorio (*alínea d*) – nos casos previstos no artigo 1101º do CC, sendo estes a necessidade do locado para habitação do próprio ou descendentes em 1º grau, para demolição ou realização de obras

profundas ou mediante comunicação ao arrendatário com antecedência mínima de dois anos;

- Cessação do contrato por denúncia prevista no nº 3 e 4 do artigo 1084º do CC (*alínea e*), ou seja, mora superior a 2 meses ou constituição em mora superior a 8 dias por mais de quatro vezes num período de 12 meses; e,
- Cessação do contrato por denúncia do arrendatário (*alínea f*).

Das motivações acima referidas, que podem servir de base ao procedimento especial de despejo, devemos destacar as previstas nas *alíneas d e e* do nº 2 do artigo 15º do NRAU.

Relativamente à *alínea e*, a denúncia livre pelo senhorio trouxe algumas alterações relativamente ao regime anterior. Quanto à denúncia injustificada pelo senhorio, a antecedência com que deve ser efetuado o pré-aviso passa dos 5 anos para os 2 anos. Também no caso de necessidade do locado para habitação própria ou de descendente em 1º grau, a condição de ser proprietário, comproprietário ou usufrutuário para se lançar mão deste mecanismo foi reduzida dos 5 para os 2 anos, eliminando-se a circunstância de ter casa arrendada na área do locado como impeditiva do exercício de denúncia, e o senhorio de vários imóveis passa a poder escolher o contrato que pretende denunciar, não estando condicionado pela antiguidade do arrendamento.

Processualmente, a denúncia deixa de ser efetuada com recurso ao tribunal, passando a operar por mera comunicação ao arrendatário, que deverá ser acompanhada da documentação comprovativa (declaração da Câmara Municipal da área do locado, descritivo da operação, e outras) no caso de denúncia para obras que obriguem à desocupação do locado.

Por outro lado, a fim de proteger os arrendatários contra eventuais abusos por parte dos senhorios, a lei prevê, alternativamente, o pagamento de indemnização correspondente a um ano e renda ou realojamento do arrendatário em condições análogas à que este detinha, com exceção dos maiores de 65 anos ou portadores de deficiência com grau de incapacidade superior a 60%, que terão sempre que ser realojados.

No caso da denúncia para habitação própria ou de descendente em 1º grau, o locado terá que ser utilizado como habitação no prazo de 3 meses (no regime anterior este prazo era de 6 meses), sob pena de pagamento ao arrendatário despejado de uma indemnização equivalente a 10 anos de renda, o mesmo ocorrendo se o senhorio não iniciar a obra no prazo de 6 meses sobre a entrega do imóvel, quando este tenha denunciado o contrato para esse fim.

Quanto à *alínea e*, a nova Lei também inovou. A possibilidade de resolução pelo não pagamento de renda por mais de 2 meses constitui, desde logo, uma alteração substancial ao regime em vigor até então.

De acordo com o anterior regime, o senhorio podia pôr fim ao contrato de arrendamento após 3 meses de não pagamento ou mora no pagamento. O arrendatário podia, no entanto, pôr fim à mora, se nos 3 meses seguintes pagasse o devido acrescido dos 50% a título de indemnização pela mora, caso em que a resolução do contrato ficava sem efeito.

Pelo exposto, ainda que três meses de mora fossem fundamento para resolver o contrato, o despejo só seria possível ao fim de seis meses (3 meses de mora acrescidos de 3 meses em que o arrendatário podia fazer cessar a mora).

O novo regime visa, agilizar o despejo, encurtando os prazos de mora para dois meses e um mês suplementar para que o inquilino tenha oportunidade de fazer cessar a mora, passando, na prática, o despejo a ser possível ao fim de três meses (2 de mora acrescido de 1 mês em que o arrendatário pode fazer cessar a mora).

Porém, a Lei 31/2012, de 14 de agosto, inovou ainda mais ao criar a possibilidade de despejo por atrasos reiterados no pagamento da renda, superiores a 8 dias, e por 4 vezes, seguidas ou interpoladas, no período de um ano.

O anterior regime do arrendamento urbano apenas previa o ónus de pagamento de multa prevista do nº 1 do artigo 1041º do CC, equivalente a 50% do valor de renda, pelo atraso superior a 8 dias no pagamento da mesma, o que permitiria ao inquilino reverter a resolução do contrato. De acordo com o novo regime, o pagamento da multa, que continua a existir, não é suficiente. Pese embora esta medida tenha como objetivo evitar os consequentes atrasos no pagamento das rendas, a mesma poderá ter

consequências bastante gravosas do ponto de vista social, especialmente em período de crise económica como a que atravessamos.

De acrescentar, do ponto de vista processual, que o procedimento especial para o despejo é tramitado junto do Balcão Nacional do Arrendamento (BNA), com competência em todo o território nacional, criando-se a possibilidade de o senhorio cumular com o pedido de despejo o pedido de pagamento das rendas vencidas e encargos decorrentes do contrato de arrendamento, evitando-se, assim, a multiplicação de ações executivas para pagamento de quantia certa (artigos 15º-A e seguintes do NRAU).

2) AS POSIÇÕES DAS ASSOCIAÇÕES REPRESENTATIVAS DOS PROPRIETÁRIOS E DOS INQUILINOS

2.1) *Quanto aos proprietários:*

Ouvidos dois dos grupos representantes dos interesses dos proprietários e inquilinos, a Associação Nacional de Proprietários (de ora em diante ANP) e a Associação de Inquilinos do Norte (de ora em diante AIN), foram colhidas algumas críticas que passamos a enumerar.

Por parte dos senhorios, a ANP, acredita não poder haver reabilitação sem alteração ao regime do arrendamento urbano quanto às normas transitórias, sendo de lastimar que tivesse sido necessário que entidades externas - ponto 6 do Memorando de Entendimento com a “Troika” – forçassem a mudança de há muito necessária.

Defendem ainda os proprietários que a questão do arrendamento não se resume a um aspeto rendístico. Mas a verdade é que apenas uma renda justa pode prover a uma boa manutenção da habitação.

O Presidente da Associação Nacional de Proprietários, Dr. António Frias Marques, defende que com o congelamento das rendas nas cidades do Porto e de Lisboa, em 1948, através da Lei nº 2030, e o aumento da inflação a partir de 1961 – que até aí os portugueses desconheciam – atingiram-se rendas de tal forma baixas, incapazes de satisfazer as necessidades de manutenção do prédio, quanto mais as do proprietário, que viu destruído o *status* de senhorio, sendo as rendas antigas aquelas que urge atualizar para parâmetros atuais.

Destaca ainda alguns aspetos positivos do novo regime:

1) A promessa de os despejos, designadamente por incumprimento do pagamento de rendas, serem mais céleres;

- 2) A diminuição dos prazos de duração do contrato de arrendamento que se poderá adaptar melhor às reais necessidades do senhorio e também do inquilino;
- 3) O facto de passar a ser obrigatória a redução de todos os contratos a escrito;
- 4) O facto de se terminar com as transmissões a quem tenha casa própria no mesmo concelho;
- 5) Necessidade do(a) companheiro(a) do arrendatário viver em união de facto há comprovadamente mais de dois anos e habitar no locado há mais de um ano para que tenha direito à transmissão da habitação;
- 6) Fixação da renda em 1/15 sobre o valor fiscal do imóvel para os casos de atualização. Seria no entanto preferível, por questões de simplicidade, fixar esse valor em percentagem, cerca de 6,7%;
- 7) O prazo de denúncia do contrato por necessidade da habitação passar de 5 para 2 anos.

Considera, porém, o presidente da ANP, que deveriam existir outras alterações facilitadoras da aplicação da lei. Por exemplo, deveria o arrendatário informar o senhorio que vive em união de facto com determinada pessoa, contando-se o prazo a partir dessa altura.

Considera ainda o Dr. António Frias Marques que não se justifica indemnizar o inquilino por obras efetuadas no locado, que muitas vezes são dispensadas pelo senhorio.

Questionado quanto à eficácia da nova lei, o presidente das ANP diz não ser possível proceder a uma análise antes de dois anos de aplicação da lei. Todavia, é possível prever que havendo alteração nas rendas os inquilinos que não precisem realmente das habitações, estes irão deixá-las desocupadas, baixando as rendas, obtendo-se, assim, habitações nos centros das cidades a um preço mais acessível para quem realmente necessite delas.

2.3) *Quanto aos Inquilinos:*

No outro prato da balança, o Dr. Miguel Ribeirinho Machado, presidente da Associação de Inquilinos do Norte (AIN), defende que o que se pretende com a alteração do regime do arrendamento urbano é a melhoria do enquadramento fiscal. O novo regime assemelha-se a uma manta de retalhos, composta por partes dos anteriores regimes de arrendamento, com algumas inovações.

Focando-se na questão da transição dos contratos antigos para o novo regime, o presidente da Associação de Inquilinos do Norte reconhece que os “contratos para a vida” não estão adaptados às necessidades atuais. Por outro lado, os titulares desses contratos de arrendamento antigos têm noção do benefício que é pagarem rendas tão baixas por determinadas habitações. Assim, em sua opinião, estes inquilinos não íam, por livre e espontânea vontade, pagar mais quando a lei não o exigia.

Defende ainda Miguel Ribeirinho Machado que as rendas deveriam aumentar. Em primeiro lugar, o Estado teria por obrigação resolver a situação dos arrendatários que sofrem de carência económica. Acredita ainda que o novo regime de arrendamento, não vai resolver os problemas de fundo. Acrescenta que determinadas questões poderão roçar a inconstitucionalidade e que, indubitavelmente, serão usadas pelos inquilinos na defesa dos seus direitos.

Para além disso, o representante dos inquilinos, critica alguns aspetos do novo regime. São estes:

- 1) As denúncias por parte do senhorio, especialmente numa situação de crise como a atual;
- 2) O facto de se querer acabar com a transmissão do contrato de arrendamento para descendentes, fora dos casos previstos na proposta de lei;
- 3) A criação de um Balcão Nacional de Arrendamento, que irá dar origem a um *mar magnum* de ações;
- 4) Obrigatoriedade de contratos reduzidos a escrito, que serão elaborados, na maioria dos casos, por leigos, criando mais problemas no futuro.

Em suma, o representante dos Inquilinos do Norte defende que a nova Lei irá dar origem a problemas, não cumprindo com os seus propósitos desejados.

3) APRECIÇÃO CRÍTICA

Explanadas as duas posições, de senhorios e inquilinos, podemos concluir que a nova Lei não é completamente satisfatória quer para senhorios quer para inquilinos. Do meu ponto de vista, nem faria sentido que assim fosse.

As partes tendem, naturalmente, a querer sempre mais do que aquilo que lhes é atribuído. A questão do arrendamento não é exceção. Se a lei satisfizesse as pretensões de uma das classes, seria colocar em clara desvantagem a uma das partes, não se produzindo a “concordância prática” desejável aos interesses em jogo.

Nem o titular do direito de propriedade deve arcar com o peso exclusivo da “função social” da propriedade, nem o inquilino deve ser confrontado com alterações de circunstância derivadas do novo regime de arrendamento urbano, e que altera de modo desproporcional a situação relacional até aí vigente.

Se alguém tem que mediar esta relação, na medida em que necessita da propriedade privada para realizar funções que lhe são incumbidas a si pela Constituição – o acesso à habitação – terá que ser também esse alguém – o Estado – a compensar quem for titular do direito de propriedade, que atendendo à sua “função social”, for utilizado.

CONCLUSÃO

Abordámos, ao longo do texto, o problema da colisão entre o direito de propriedade privada e o direito à habitação na relação entre privados, fruto do contrato de arrendamento. Não obstante a Constituição elencar estes direitos fundamentais de forma tão próxima, nos artigos 62º e 65º, respetivamente, a realidade tem vindo a afastá-los, colocando-os em confronto direto a partir do começo do século XX no quadro das “transformações económicas e sociais.

Vários regimes do arrendamento urbano, e acusações de uma visão demasiado protecionista sobre o direito à habitação e seus titulares, têm vindo a agudizar esta relação, conduzindo à alteração do regime de Arrendamento Urbano, aprovado pela Lei 31/2012, de 14 de agosto.

Sendo os direitos em confronto, ambos direitos económicos e sociais, a verdade é que o direito à habitação é aquele que maior custo representa para o Estado (teoria do custo dos direitos). No sentido da sua realização, impende sobre o Estado uma carga prestacional. E, numa altura de crise económica, em que as desigualdades se agravam, o Estado “pobre” tem cada vez maior dificuldade em assegurar a efetividade das prestações sociais.

E, particularmente, em situações de carência, o Estado não pode nem deve denegar esse auxílio.

Acontece que no domínio do direito à habitação, o Estado não tem realizado este direito de forma autossuficiente. Pelo contrário, o direito à habitação dos arrendatários, em larga escala, tem sido realizado pelo proprietário, que ao longo dos anos viu o seu direito de propriedade ser limitado pelos vários regimes de arrendamento, com a justificação de sobre a propriedade impender uma forte função social.

No entanto, com a aprovação do novíssimo regime do arrendamento urbano, talvez se assista a uma alteração de paradigma. As mudanças nem sempre são bem-

vindas, mas no meu entender e, neste domínio, era premente alterar o regime, e, acima de tudo, hábitos instalados.

Não que se discorde do facto de a Constituição garantir ao cidadão o direito a uma habitação digna, através de políticas de promoção de construção, de arrendamento ou de apoio a cooperativas e instituições vocacionadas a resolver o problema da habitação.

A questão da função social da propriedade é que não me parece o caminho a seguir, na estrita medida em que se entende não poder ser atribuído ao particular, neste caso aos proprietários, a tarefa de cumprir uma função social que impende constitucionalmente ao Estado e a outras autoridades públicas. Esse comportamento tem vindo a limitar o direito fundamental de propriedade em favor de outro direito fundamental, o direito fundamental à habitação de outro cidadão.

No que diz respeito à compreensão do conceito de “função social” dos direitos, perfilho do entendimento de Josserand. Prefiro pensar no “direito-função”, ao invés de encarar um conceito de função social de tal forma amplo que dê azo e permita toda e qualquer limitação aos direitos.

Se proprietários e inquilinos respeitarem os direitos que lhes assistem, a relação contratual alcançará um ponto de equilíbrio, não privilegiando reiteradamente um direito em prejuízo do outro.

A nova Lei tornou o regime de arrendamento urbano mais equilibrado e conciliador dos interesses das partes. Mais preocupado, em suma, com o respeito dos direitos fundamentais implicados.

Acusado de violar o direito à habitação dos inquilinos, o novo regime responde com a inclusão de normas que visam proteger casos excepcionais, casos que merecem uma tutela numa vertente mais “social”.

Nestes termos, não me parece justo imputar ao atual NRAU a preterição de direitos fundamentais, simplesmente porque acabou com hábitos instalados, esses sim, que limitavam, quase de forma absoluta, um outro direito fundamental.

O cerne da questão será, assim, o de perceber quem é o destinatário da “função social” que recai sobre a propriedade privada. O Estado ou o particular?

Do meu ponto de vista, ao particular não deve ser exigido mais do que aquilo que ele se dispõe a fazer: disponibilizar um bem de sua propriedade, uma casa, colocando-a no mercado de arrendamento, e dessa forma contribuir para o acesso à habitação, tal como vem previsto no artigo 65º, nº 2, *alínea c* da Constituição.

Afigura-se-me, pois, que as alterações ao regime do arrendamento urbano poderão trazer algo que estava esquecido há vários anos neste domínio: a Justiça Social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

OBRAS:

ALEXY, Robert, *Epílogo a la teoria de los derechos fundamentales*, Madrid: Colegio de Registradores de la Propriedade, Mercantiles y Bienes muebles de Espana.

_____, *Teoria de los derechos fundamentales*, Madrid: Civitas, 1993.

AMARAL, Maria Lúcia, *O Princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência Constitucional*, nº 13, Janeiro-Março 2007, Coimbra Editora, pp. 4/16.

ANDRADE, J.C. Vieira de Almeida, *Comentário ao Acórdão do Tribunal Constitucional 509/2002 de 12 de fevereiro*, in *Jurisprudência Constitucional*, nº 1, Jan./Mar. 2004, Coimbra Editora, pp. 4-29.

_____, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Almedina, 5ª ed., 2012.

BRITO, Miguel Nogueira, *A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional*, Almedina, 2007.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4ª ed. rev., Coimbra Editora, 2007.

_____, *Direito Constitucional*, 7ª ed., Almedina, 1993.

_____, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., 12ª reimpressão, Almedina, 2003.

CRUZ, Rafael Naranjo de la, *Los limites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

FURTADO, J. Henrique Pinto, *Curso de Direito dos Arrendamentos Vinculísticos*, 2ª ed., Almedina, 1988.

_____, *Manual do Arrendamento Urbano*, Almedina, 1996.

GOMES, M. Januário, *Arrendamento para Habitação*, 2ª ed., Coimbra, 1996.

HESSE, Konrad, *Derecho Constitucional y derecho privado*, Madrid: Civitas, 1995.

_____, *Elementos de Direito Constitucional da República Federal Alemã*, Fabris, 1998

HOLMES, S; SUNSTEIN, C., *The Cost of the Rights, Why Liberty Depends on Taxes*, New York, W.W. Norton & Company, 1999.

MIRANDA, Jorge, *As Constituições Portuguesas - de 1822 ao texto atual da constituição*, 5ª edição, Livraria Petrony, 2004

_____; ALEXANDRINO, José de Melo, *Grandes Decisões do Tribunal Constitucional*, Jurisprudência Constitucional, nº 14, Abril-Junho, 2007, pp. 4/18.

_____; MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2ª ed., Coimbra Editora, 2010.

MARTINS, Manteigas; FREIRE, Carla Santos; NABAIS, Carlos e RAIMUNDO, José M., *Novo Regime do Arrendamento Urbano, Anotado e Comentado*, Vida Económica, 2012.

NOVAIS, Jorge Reis, *As restrições dos Direitos Fundamentais não expressamente autorizados pela Constituição*, Coimbra. 2003.

_____, *O Tribunal Constitucional e os Direitos Sociais – O direito à Segurança Social*, Jurisprudência Constitucional, nº 6 abril/junho de 2005, pp. 3/14.

OLSEN, Ana Carolina Lopes, *A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível* (tese de dissertação), Curitiba, 2006.

QUEIROZ, Cristina, *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais*, Coimbra Editora, 2006.

_____, *Direitos Fundamentais*, 2ª edição, Coimbra Editora, 2010.

SOUSA, Marcelo Rebelo; ALEXANDRINO, José de Melo, *Constituição da República Portuguesa Comentada*, Lex, 2000.

JURISPRUDÊNCIA:

Acórdão do TC nº 349/91, de 2 de dezembro, in: www.tribunalconstitucional.pt;

Acórdão do TC nº 232/91, de 17 de setembro, in: www.tribunalconstitucional.pt;

Acórdão do TC nº 130/92, de 1 de abril, in: www.tribunalconstitucional.pt;

Acórdão do TC nº 151/92, de 8 de abril, in: www.tribunalconstitucional.pt;

Acórdão do TC nº 257/92, de 13 de julho, in: www.tribunalconstitucional.pt;

Acórdão do TC nº 346/93, de 12 de maio, in: www.tribunalconstitucional.pt;

Acórdão do TC nº 130/95, de 24 de abril, in: www.tribunalconstitucional.pt;

Acórdão do TC nº 4/96, de 16 de janeiro, in: www.tribunalconstitucional.pt;

Acórdão do TC nº 486/97, de 2 de julho, in: www.tribunalconstitucional.pt;

Acórdão do TC nº 55/99, de 19 de fevereiro, in: www.tribunalconstitucional.pt;

Acórdão do TC nº 329/99, de 2 de junho, in: www.tribunalconstitucional.pt;

Acórdão do TC nº 649/99, de 24 de novembro, in: www.tribunalconstitucional.pt;

Acórdão do TC nº 322/2000, de 21 de junho, in: www.tribunalconstitucional.pt;

Acórdão do TC nº 187/2001, de 2 de maio, in: www.tribunalconstitucional.pt;

Acórdão do TC nº 570/2001, de 12 de dezembro, in: www.tribunalconstitucional.pt;

Acórdão do TC nº 177/2002, de 12 de fevereiro, in: www.tribunalconstitucional.pt;

Acórdão do TC nº 177/2002, de 2 de julho, in: www.tribunalconstitucional.pt;

Acórdão do TC nº 509/2002, de 19 de dezembro, in: www.tribunalconstitucional.pt;

Acórdão do TC nº 590/2004, de 6 de outubro, in: www.tribunalconstitucional.pt;

Acórdão do TC nº 723/2004, de 21 de dezembro, in: www.tribunalconstitucional.pt;

LEGISLAÇÃO:

Constituição da República Portuguesa;

Código Civil Português;

Novo Regime do Arrendamento Urbano (Lei 31/2012, de 14 de agosto e Lei 6/2006, de 27 de fevereiro);

Proposta de Lei nº 38/XII.